Rassegna della Giustizia Militare

Rivista di
Diritto e Procedura penale militare

a cura della
Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

BIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE MILITARE

Direttore: dott. Maurizio BLOCK (Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione)

Comitato Scientifico: Francesco CALLARI, Domenico CARCANO, Paolo FERRUA, Luigi Maria FLAMINI, Ranieri RAZZANTE, Pierpaolo RIVELLO, Natalino RONZITTI, Antonio SCAGLIONE, Giovanni Paolo VOENA

Comitato dei Revisori: Giulio BARTOLINI, Paolo BENVENUTI, Gaetano CARLIZZI, Enrico DE GIOVANNI, Lorenzo DEL FEDERCIO, Iole FARGNOLI, Alfonso FERGIUELE, Clelia, IASEVOLI, Giulio ILLUMINATI, Carlotta LATINI, Saverio LAURETTA, Carlo LONGOBARDO, Giuseppe MAZZI, Giuseppe MELIS, Domenico NOTARO, Gianluca PASTORI, Mariateresa POLI, Silvio, RIONDATO, Francesco SALERNO, Sergio SEMINARA, Giovanni SERGER, Giorgio, SPANGHER, Carmelo Elio TAVILLA, Gioacchino TORNATORE

Redazione: Sebastiano LA PISCOPIA (Capo Redattore), Andrea CONTI, Pierpaolo TRAVAGLIONE

*** *** *** ***

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: Rassegna della Giustizia Militare
ISSN: 0391-2787
Registrazione: Tribunale di Roma n. 16019, Decreto 9 agosto 1975
Periodicità: bimestrale (on-line)
Proprietario ed Editore: Ministero della Difesa
Sede: Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma
ISP (Internet Service Provider): Comando C4 Esercito – www.difesa.it
Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx
Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it
Recapiti telefonici: 06.47355026 - 06.47355011

Indice numero 5 anno 2017

Concorso di reati e conflitto apparente di norme. Conflitti di giurisdizione.
di *Prof. Pierpaolo RIVELLO*

Conoscibilità, accessibilità e tutela delle abilitazioni di sicurezza personali.
di *Col. Francesco COLETTA*

Coordinate teorico-applicative del reato di disobbedienza.
di *Cap. Saverio SETTI*

Il reato di abuso d'ufficio.
di *Dott. Walter MITOLA PETRUZZELLI*

Vea victis! La diserzione nei giuristi romani e nel codice penale militare: un istituto immutato.
di *Dott. Andrea LATTOCCO*

Concorso di reati e conflitto apparente di norme.

Conflitti di giurisdizione.

Combined crimes and apparent conflict of norms. Conflicts of jurisdiction.

del Prof. Pierpaolo Rivello

Sommario: 1. Le indicazioni offerte dalle Sezioni unite. 2. I rapporti tra il reato di cui all'art. 3, legge 9 dicembre 1941, n. 1383 ed i delitti di corruzione, concussione o induzione indebita: concorso di reati e non conflitto apparente di norme. 3. I conflitti di giurisdizione.

1. Le indicazioni offerte dalle Sezioni unite.

Ai sensi dell'art. 15 c.p. «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito». Per delineare il concorso apparente di norme occorre dunque partire dalla disamina di tale norma, sottolineando che tale istituto appare configurabile qualora, dalla disamina degli elementi strutturali, emerga che più fattispecie incriminatrici risulterebbero applicabili al medesimo fatto.
Sul punto occorre tener conto delle indicazioni fornite da una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite [1], volta ad analizzare se il reato di malversazione in danno dello Stato, di cui all'art. 316-*bis* c.p., concorra con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, *ex* art. 640-*bis* c.p., o se tra i due reati debba invece essere individuata la sussistenza di un rapporto di specialità.
In primo luogo le Sezioni Unite hanno negato l'utilità di richiamare, onde delineare il concetto di concorso apparente, le figure dell'assorbimento, della consunzione e dell'ante-fatto o post-fatto non punibile, osservando che tali classificazioni appaiono prive di sicure basi ricostruttive, in quanto «individuano elementi incerti quale dato di discrimine, come l'identità del bene giuridico tutelato dalle norme in comparazione e la sua astratta graduazione in termini di maggiore o minore intensità, di non univoca individuazione, e per questo suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti».
E' stato invece sostenuto che il criterio della specialità rappresenta l'«unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente, con ampliamento della sua applicazione alle ipotesi di illeciti amministrativi secondo la previsione dell'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689, che ha imposto la comparazione delle fattispecie astratte, prescindendo dalla qualificazione, penale o amministrativa, degli illeciti posti a raffronto ».

---

[1] Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, Stalla, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2646 ss., con nota di A. MADIA, *I rapporti tra i reati di malversazione in danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni unite*; per un ulteriore commento a detta pronuncia v. D. GIANNELLI, *Truffa aggravata e malversazione: concorso di reati o concorso apparente di norme? La soluzione delle Sezioni Unite. Commento a Cass. Sez. Un. 20664/2017,* in *Giust. pen.*, 2017, II, c. 343 ss.

L'art. 15 c.p., è stato ribadito, appare volto ad evitare l'addebito plurimo di reati con riferimento ad un unico accadimento, in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale.
Il divieto del *bis in idem* sostanziale rappresenta un diritto fondamentale dell'individuo, e trova riconoscimento nell'art. 4 Prot. 7 CEDU e nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
Come è stato rilevato dalle Sezioni Unite, nell'affrontare questa tematica occorre ora tener conto anche delle indicazioni offerte dalla pronuncia n. 200 del 2016 della Corte costituzionale [2], chiamata a pronunciarsi sul disposto dell'art. 649 c.p.p. a seguito di un'eccezione di legittimità costituzionale, con cui era stata sottolineata la necessità di un adeguamento alle indicazioni provenienti dalla recente giurisprudenza della Corte EDU, volta a fornire un'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU radicalmente difforme da quella più risalente, che faceva invece riferimento, per l'applicazione del principio del *ne bis in idem,* al criterio dell'*idem* legale. Infatti, a partire dalla pronuncia Zolotoukhine c. Russia la Grande Camera della Corte EDU, risolvendo i precedenti contrasti interpretativi insorti fra le varie Sezioni della Corte, ha aderito chiaramente al canone interpretativo basato sulla nozione dell' *idem factum* (secondo un'esegesi che, a ben vedere, non sembra del tutto confortata dal dettato letterale del citato art. 4, che pone a base del divieto di *bis in idem* la sussistenza di un ulteriore procedimento in ordine alla stessa *infraction*).
Al riguardo la Corte costituzionale ha riconosciuto che, in relazione all'art. 649 c.p.p., occorre abbandonare il criterio dell'*idem* legale, in quanto le problematiche del *ne bis in idem* non possono essere risolte sulla base di un'impostazione calibrata sul paradigma risultante dalla norma incriminatrice.
La Consulta ha ravvisato un profilo di contrasto tra l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e l'art. 649 c.p.p., come risultante dal "diritto vivente nazionale", laddove esso impediva di applicare il principio del *ne bis in idem* alle ipotesi in cui il reato già giudicato fosse stato commesso in concorso formale con quello costituente oggetto della nuova iniziativa da parte del pubblico ministero. Fino alla pronuncia n. 200/2016 si riteneva invece, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che la sussistenza di un concorso formale tra gli episodi già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare valesse comunque a rendere inoperante il divieto di *bis in idem* [3].
Tale interpretazione, costituente vero e proprio "diritto vivente", si poneva però in evidente contrasto con l'impostazione accolta dalla Corte EDU.
Sulla base di questa considerazione il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui, secondo il diritto vivente, escludeva che il fatto fosse il medesimo qualora sussistesse un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui risultava instaurato un nuovo procedimento penale.
Ritornando comunque alla decisione delle Sezioni unite, la predetta pronuncia ha rilevato come, con riferimento alla tematica costituente oggetto del dubbio interpretativo che aveva condotto alla rimessione innanzi alla Suprema Corte in composizione allargata, si fronteggiassero due contrapposti orientamenti giurisprudenziali.

---

[2] Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.,* 2017, p. 60 ss., con commenti di D. PULITANÒ, *La Corte Costituzionale sul* ne bis in idem, *ivi,* p. 70 ss.; e di P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il* ne bis in idem *tra diritto vigente e diritto vivente, ivi,* p. 78 ss. Per un'ulteriore disamina dei contenuti e della portata di detta pronuncia v. P. NOCITA, Ne bis in idem *e concorso formale di reati,* in *Giust. pen.*, 2016, I, c. 223 ss.

[3] V. in tal senso, ad esempio, Cass., sez. V, 20 gennaio 2016, n. 11918, in *CED Cass.,* n. 266382; Cass., sez. III, 15 aprile 2009, n. 25141, in *Giur. it.,* 2010, c. 1181, con nota di F. CAPRIOLI, *Sul rapporto tra* ne bis in idem *processuale e concorso formale dei reati.*

Secondo un primo indirizzo esegetico andava esclusa la sussistenza di un rapporto di specialità tra il reato di cui all'art. 316-*bis* c.p. e quello delineato dall'art. 640-*bis* c.p. , dovendosi invece ravvisare un concorso di reati, in mancanza della "identità" degli interessi protetti, ed in considerazione della diversità della "materia" disciplinata dalle due disposizioni [4]; un diverso indirizzo interpretativo escludeva invece che rivestisse alcuna rilevanza, relativamente all'applicazione del principio di specialità, il criterio dell'identità di materia o di interesse protetto [5].
Le Sezioni unite erano state pertanto chiamate a valutare se, nell'ipotesi in cui un soggetto, dopo aver fraudolentemente ottenuto un contributo finalizzato alla realizzazione di opere o di servizi di pubblico interesse, lo distolga dai suoi fini istituzionali, possano essere ritenuti configurabili sia il reato di malversazione a danno dello Stato sia quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, o se, al contrario, i rapporti tra queste due incriminazioni vadano inquadrati entro lo schema del concorso apparente di norme.
La Suprema Corte, incentrando la sua analisi su un'analisi ispirata a concetti che potremmo definire "classici", volti a ravvisare il concorso apparente di norme solo laddove un'intera fattispecie possa ritenersi assorbita all'interno di un'altra "più ampia", ha ravvisato la necessità di ritenere in tal caso applicabili entrambe le disposizioni incriminatrici, smentendo in tal modo le conclusioni alle quali era invece giunta la dottrina maggioritaria, secondo cui «una volta che venga realizzata la più grave fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, la successiva mancata realizzazione dell'opera o dell'attività finanziata rappresenterebbe, a prescindere se tale comportamento sia stato programmato sin dall'origine o se abbia preso corpo dopo il conseguimento dei fondi, un semplice *post factum* non punibile, che, come tale, non lascia spazio all'operatività dell'art. 316-bis c.p.»[6].

2. I rapporti tra il reato di cui all'art. 3, legge 9 dicembre 1941, n. 1383 ed i delitti di corruzione, concussione o induzione indebita: concorso di reati e non conflitto apparente di norme.

Un'ipotesi sotto più di un aspetto emblematica dei dubbi che talora circondano la tematica del concorso apparente di norme è offerta dalle disomogenee soluzioni date in dottrina e in giurisprudenza con riferimento alle interconnessioni fra i delitti di corruzione, concussione o induzione indebita e quello delineato dall'art. 3, legge 9 dicembre 1941, n. 1383, in base al quale «il militare della Guardia di finanza che commette una violazione delle leggi finanziarie costituente delitto, o collude con estranei per frodare la finanza, oppure si appropria […] , a profitto proprio o di altri, valori o generi di cui egli, per ragioni del suo ufficio o servizio, abbia l'amministrazione o la custodia o su cui eserciti la sorveglianza, soggiace alle pene previste dagli articoli 215-219 del codice penale militare di pace, ferme restando le sanzioni pecuniarie delle leggi speciali. La cognizione dei suddetti reati appartiene ai Tribunali militari ».
Quest'ultima norma delinea dunque tre distinte ipotesi delittuose [7], accomunate fra loro dal punto di vista sanzionatorio [8], che danno vita ad altrettanti "reati propri", essendo necessario, per la loro concretizzazione, che il soggetto attivo rivesta la qualifica di militare della Guardia di finanza.

---

[4] Cass., sez. II, 16 giugno 2015, n. 29512, Sicilfert s.r.l., in *CED Cass.,* 264232; Cass., sez. II, 27 ottobre 2011, n. 43349, Bonaldi, *ivi,* 250994.

[5] Cass., sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063, Bilotti, in *CED Cass.,* 244180; Cass., sez. II, 9 luglio 2004, n. 39644, *ivi,* 230365.

[6] Cfr. N. MADIA, *I rapporti tra i reati,* cit., p. 2655.

[7] Cfr. P. RIVELLO, *Giustizia ordinaria e giustizia militare di fronte al delitto di collusione da parte della Guardia di Finanza,* in *Dir. pen. proc.,* 1995, p. 639 ss.

Ai fini della nostra disamina dobbiamo peraltro soffermare l'attenzione sul delitto di "collusione" con estranei per frodare la finanza.

Un'indagine a carattere storico permette di rilevare come esso trovi i suoi precedenti nell'art. 17, legge n. 149 del 1881, nonché nell'art. 18 R.D. 26 novembre 1914, n. 1440 e, soprattutto, nell'art. 6, R.D.L. 14 giugno 1923, n. 1281, diretto a sanzionare il comportamento del militare appartenente alla Guardia di finanza che avesse «collaborato con altri» per frodare gli interessi finanziari dello Stato [9].

Il legislatore del 1941 ha configurato un delitto formale a consumazione anticipata, in quanto non occorre per la sua concretizzazione l'effettiva realizzazione del programma illecito avuto di mira [10].

Il delitto si perfeziona in virtù del solo accordo tra il finanziere e l'estraneo [11], avente ad oggetto la frode alla Finanza[12], non essendo necessario che il fine perseguito debba davvero realizzarsi.

In realtà secondo una parte della dottrina il reato si perfezionerebbe solo qualora fosse posto in essere un atto volto ad esprimere, nella sua concretezza ed univocità, l'ormai avvenuta violazione dei doveri istituzionali da parte del militare della Guardia di Finanza [13].

Detta tesi è peraltro contestata da altri interpreti; si sottolinea infatti che la terminologia utilizzata dal legislatore «non giustifica in alcun modo la restrizione della sfera di qualificazione della norma incriminatrice alle sole azioni concretamente attuative (anche se individuate nel loro stadio iniziale ed "indiziante" il loro possibile sviluppo) dell'accordo medesimo» [14].

La previsione esaminata va letta in relazione al disposto dell'art. 115 c.p., che esclude la punibilità dell'accordo diretto alla commissione di un reato qualora questo non venga poi commesso, facendo peraltro salvi i casi in cui «la legge disponga altrimenti», tra cui rientra appunto l'art. 3, legge n. 1383 del 1941.

Il reato risulta incentrato sulla "collusione"; occorre pertanto accertare in cosa consista tale condotta. Il termine collusione è stato utilizzato con estrema circospezione dal legislatore in ambito penale [15], tanto che le uniche altre ipotesi in cui viene fatto riferimento alla condotta collusiva sono rappresentate dall'art. 353 c.p. (laddove si menziona, tra le varie attività delittuose finalizzate ad impedire o a turbare le gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto della pubbliche amministrazioni, quella realizzata mediante «collusioni o altri mezzi fraudolenti») e dall'art. 380, comma 2, n. 1, c.p., che, in relazione al delitto di patrocinio o consulenza infedele, prevede un aumento di pena qualora il colpevole abbia commesso il fatto «colludendo con la parte avversaria».

E' stato osservato che molto probabilmente l'uso ridotto del richiamo alla nozione di collusione è dovuto alla difficoltà di delineare con nitidezza i suoi esatti contenuti e, conseguentemente, l'ambito della relativa fattispecie criminosa [16].

---

[8] Detta equiparazione venne sospettata in passato di illegittimità costituzionale; la relativa questione fu peraltro dichiarata manifestamente infondata dal giudice delle leggi: v. Corte cost., ord. 12 maggio 1988, n. 539, in *Rass. giust. mil.*, 1988, p. 236.

[9] V. al riguardo, volendo, P. RIVELLO, *L'incriminazione del militare della Guardia di Finanza responsabile dei reati di cui all'art. 3 L. 9 dicembre 1941, n. 1383,* in *Cass. pen.*, 1999, p. 3294.

[10] P. RIVELLO, *Lezioni di diritto penale militare,* II Ed., Torino, 2012, p. 315.

[11] Cfr. I. MERENDA, *Esercizio della funzione e responsabilità del finanziere per il reato di collusione,* in *Cass. pen.*, 2016, p. 4045.

[12] Cass., sez. I, 6 giugno 2007, Vitale, in *Rass. giust. mil.*, 2008, p. 31.

[13] V. SANTORO, *Il reato di collusione. Rapporti con le altre violazioni finanziarie,* in *Riv. Guardia Fin.*, 1998, n. 3, p. 941 ss.

[14] M. RIVERDITI, *Considerazioni in tema di concorso formale tra il reato di collusione* ex *art.3, legge 9 dicembre 1941, n. 1383 ed altri reati realizzabili dal militare della Guardia di finanza,* in *Rass. giust. mil.*, 2000, p. 78.

[15] Cfr. A. MARTINI, voce *Collusione,* in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 291.

[16] A. MELCHIONDA, *Interesse protetto e* ratio *di tutela nella «collusione»del finanziere,* in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 236.

L'ipotesi configurata dal reato di collusione del militare della Guardia di finanza prevede comunque che l' "intraneo", e cioè il soggetto appartenente a tale Corpo, si accordi con un *extraneus* al fine di frodare gli interessi pubblici finanziari. Il delitto è dunque a dolo specifico, e configura una fattispecie plurisoggettiva necessaria.

Il legislatore non ha delineato quali siano gli interessi finanziari tutelati, dando vita ad una previsione penale in bianco «colmata da tutte quelle norme che a tutela di tali interessi siano state dettate» [17].

Va comunque precisato che l'interesse protetto dalla norma incriminatrice viene posto in pericolo non solo dalle condotte collusive direttamente finalizzate alla commissione di violazioni finanziarie ma anche da quelle finalizzate ad eludere l'accertamento e la ricerca degli autori di violazioni di norme finanziarie [18].

Trattasi di reato plurioffensivo; la disposizione in esame, oltre a garantire il gettito fiscale, mira a tutelare la correttezza dei rapporti intercorrenti tra "controllori" e "controllati", onde evitare che i primi vengano meno ai loro doveri, accordandosi illecitamente con i secondi.

Proprio questa pluralità di interessi giuridici protetti sembra giustificare l'arretramento della soglia di punibilità operato dalla norma, diretta ad incriminare il semplice accordo criminoso qualora uno dei partecipi all'accordo sia il soggetto che, istituzionalmente, dovrebbe proteggere gli interessi erariali.

Venendo agli aspetti di nostro più diretto interesse, va sottolineato come sia sempre stata considerata problematica la soluzione dell'interrogativo concernente il quesito se debba ravvisarsi un rapporto di specialità o vada invece configurato un concorso formale eterogeneo tra il reato di collusione del finanziere e quello di corruzione o di concussione.

In senso contrario alla configurabilità di un concorso formale è stato affermato che l'accordo per frodare la finanza, prodromico o concomitante alla realizzazione di un fatto di corruzione, non presenta alcun aspetto di autonomia rispetto a quest'ultima fattispecie, in quanto l'accordo non implica nulla di diverso rispetto alla ricezione di denaro o di altra utilità o all'accettazione della promessa di una tale futura dazione.

A favore della tesi del concorso formale, e focalizzando per ora l'attenzione sui rapporti tra collusione e corruzione, si potrebbe peraltro osservare che, a prescindere dalla diversità delle finalità perseguite dalle rispettive incriminazioni e dalla non coincidenza dei beni giuridici tutelati dai due reati, il reato di collusione determina, come già abbiamo sottolineato, un arretramento della soglia di punibilità al solo accordo, che costituisce elemento sufficiente per l'integrazione del reato.

Conseguentemente la collusione, perfezionandosi con la semplice conclusione dell'accordo fraudolento tra finanziere e privato, diretto ad arrecare un pregiudizio economico alle casse dello Stato, non comporta necessariamente la dazione o la promessa di denaro o di altre utilità da parte dell'estraneo nei confronti dell'appartenente alla Guardia di Finanza [19].

Non appare dunque agevolmente sostenibile l'impostazione volta a ravvisare un rapporto di continenza tra le diverse ipotesi incriminatrici [20]; il dubbio, anche in questo caso, concerne l'interrogativo se possa davvero parlarsi di uno stesso fatto, preso in esame da diverse norme incriminatrici, o se esse invece appaiano rispettivamente focalizzate su aspetti fra loro diversi dal punto di vista naturalistico.

---

[17] Cass., sez. I, 10 dicembre 1993, Gissi, in *Giust. pen.,* 1995, II, c. 20.

[18] Cass., sez. I, 6 giugno 2007, Vitale, cit.

[19] Cfr. P. RIVELLO, *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale comune e processo penale militare,* in *Cass. pen.,* 1996, p. 2683 ss.

[20] V. sul punto P. RIVELLO, *L'incriminazione del militare della Guardia di finanza,* cit., p. 3298.

Esaminando in particolare i rapporti e le interconnessioni tra il reato di corruzione e quello di collusione del finanziere, va notato come in entrambi i casi si sia in presenza di un incontro libero e consapevole delle rispettive volontà, e dunque di un accordo concluso fra soggetti che si trovano su un piano di sostanziale parità.

Bisogna però rammentare che sia l'art. 318 (Corruzione per l'esercizio della funzione) che l'art. 319 (Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio) fanno poi riferimento ad una condotta di ricezione (per sé o per altri) di denaro o di altra utilità, o di accettazione della relativa promessa, che esula invece dal contenuto del reato di collusione, giacché quest'ultimo, come già abbiamo osservato, si perfeziona con la semplice conclusione dell'accordo fraudolento fra il finanziere ed il privato.

Il reato di corruzione non "copre" la pregressa fase dell'accordo; al contempo l'eventuale procedimento per il delitto di collusione concerne il comportamento prodromico rispetto alla realizzazione del reato-scopo, trascurando inevitabilmente la fase del successivo compimento da parte del militare della Guardia di finanza, sulla base del pregresso accordo, di atti contrari ai doveri d'ufficio, e l'aspetto rappresentato dalla ricezione, in contropartita, di denaro o di altre utilità.

Pertanto appare difficile ravvisare un' "assimilazione" o una "sovrapposizione delle condotte poste a base degli stessi.

Anche per quanto concerne i rapporti tra la collusione e la concussione la giurisprudenza ha ritenuto possibile l'operatività del concorso formale, sottolineando la differenza tra le rispettive fattispecie sia per quanto concerne l'oggetto giuridico tutelato, sia in relazione alla materialità delle stesse, rilevando che in un caso appare sufficiente il mero accordo, mentre nell'altro occorre un'attività di costrizione esercitata da un soggetto in danno dell'altro ed il correlativo conseguimento di un'indebita dazione o promessa di denaro o altra utilità [21].

Dette conclusioni conservano la loro validità anche a seguito dell'intervento riformatore operato dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" (c.d. legge Severino).

Come è stato osservato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia Maldera [22], volta a delineare la linea di demarcazione tra il reato di concussione ed il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità[23], il delitto di concussione di cui all'art. 317 c.p. appare caratterizzato da un abuso costrittivo del pubblico ufficiale (ed ora, nuovamente, anche dell'incaricato di un pubblico servizio, per effetto della sostituzione operata dall'art. 3, comma 1, della legge 27 maggio 2015, n. 69), che si attua mediante violenza o, più spesso , mediante

---

[21] Cass., sez. I, 16 giugno 2004, Cerciello, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3975; Cass., sez. I, 29 aprile 1999, Zuin, in *Rass. giust. mil.*, 2000, p. 72.

[22] Cass., sez. un., n. 12228, 24 ottobre 2013, Maldera ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 546 ss., con commenti di S. SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*; e di P. PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso.* Per ulteriori analisi della pronuncia v. R. BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione,* in *Giur. it.*, 2014, 1200 ss.; M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012,* in *Cass. pen.*, 2014, p. 1582 ss.; nonché L. GATTA, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1566.

[23] Su questa tematica v. in dottrina, tra i tanti, M. A. BARTOLUCCI, *L' "abuso di qualità" del pubblico ufficiale nel prisma tra concussione e induzione indebita,* in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1231 ss.; G. FIANDACA, *Concussione e induzione indebita tra fatto e prova,* in *Foro it.*, 2014, II, c. 517 ss.; M. GAMBARDELLA, *La linea di demarcazione tra corruzione e induzione indebita: i requisiti impliciti del 'danno ingiusto' e 'vantaggio indebito', i casi ambigui, le vicende intertemporali,* in *Cass. pen.*, 2014, p. 2018 ss.; A. MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di un quadro d'assieme,* in *Arch. pen.*, 2013, p. 1 ss.; M. PELISSERO, *Concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità,* in C. F. GROSSO - M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione,* Milano, 2015, p. 173 ss.

minaccia, esplicita o implicita, di un danno *contra ius,* da cui deriva una grave limitazione della libertà di determinazione del destinatario, che, senza alcun vantaggio indebito, si trova di fronte alla scelta se subire il danno ingiusto prospettato o evitarlo mediante la dazione o la promessa di un'utilità indebita.

In tal caso, dunque, quest'ultimo soggetto *certat de damno vitando*; siamo infatti in presenza di una vittima in stato di soggezione.

Veniamo ora ad esaminare le interconnessioni tra il reato previsto dall'art. 3, legge n. 1383 del 1941 ed il delitto di induzione indebita di cui all'art. 319 *quater* c.p., concernente una condotta di "pressione" morale, di persuasione, di suggestione, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che prospettando al privato un "danno giusto" – giacché conforme alla legge o alla particolare disciplina del settore – quale conseguenza della sua mancata adesione alla richiesta di erogazione di un'indebita utilità, lascia al destinatario della stessa un margine significativo di libertà di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio [24].

In tal caso l'acquiescenza alla richiesta appare motivata dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, ed il soggetto sottoposto ad induzione indebita *certat de lucro captando.* Proprio per questo egli viene sottoposto a sanzione, seppure in misura inferiore rispetto al soggetto "inducente", in quanto non viene considerato vittima dell'induzione «ma correo al pari del pubblico funzionario, perché appunto destinatario di una mera induzione da parte di quest'ultimo e non già di costrizione» [25].

Nell'induzione indebita, strutturata dal legislatore come reato a concorso necessario caratterizzato dalla punibilità di entrambi i soggetti del *pactum sceleris* [26], la volontà del privato non viene "piegata" dall'altrui sopraffazione, ma "condizionata" da una pressione [27].

Ai fini della nostra disamina, rilevato che il reato di collusione si perfeziona con la conclusione dell'accordo fraudolento diretto ad arrecare un pregiudizio economico alle casse dello Stato e si incentra dunque su tale accordo, occorre verificare se l' "accadimento naturalistico" preso in esame per la configurazione di questa fattispecie sia o meno diverso rispetto a quello posto a base del reato di induzione indebita, e ciò a prescindere dalle rispettive qualificazioni giuridiche.

Osservando la struttura tipica del reato di collusione del finanziere deve riconoscersi come esso esiga un accordo tra due o più soggetti, le cui rispettive volontà si collocano in una posizione assolutamente "paritaria", a differenza di quanto avviene in caso di concussione, caratterizzata da un'attività di "costrizione" esercitata dal pubblico funzionario e, sia pur su scala più ridotta, nella stessa induzione, ove il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio pone pur sempre in essere un comportamento diretto all'altrui "persuasione".

Occorre peraltro riconoscere come la linea di discrimine fra induzione indebita e collusione in concreto possa apparire non solo estremamente labile, ma quasi impercettibile, fino ad annullarsi del tutto.

---

[24] Va peraltro ricordato che secondo Cass., sez. VI, 22 giugno 2016, n. 35271, in *Dir. pen. proc.,* 2016, p. 1288 «Ai fini della configurabilità del tentativo di induzione indebita di cui all'art. 319 *quater* c.p., da ritenersi integrato quando l'evento non si verifica per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico agente, non è necessario il perseguimento di un indebito vantaggio da parte dell'indotto, poiché tale elemento rileva esclusivamente per la sussistenza della fattispecie consumata, in un'ottica interpretativa volta a giustificare adeguatamente, ai sensi dell'art. 27 Cost., la punibilità del privato».

[25] R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.,* in *Dir. pen. cont.* , gennaio 2013, p. 7.

[26] Cfr. al riguardo M. A. BARTOLUCCI, *op. cit.,* p. 1233.

[27] Cass., sez. VI, primo aprile 2014, n. 28978, in *Ced. Cass.,* n. 259823.

3. I conflitti di giurisdizione.

L'art. 28 comma 1 lett. a) c.p.p. delinea il conflitto di giurisdizione, configurabile qualora in qualsiasi stato e grado del processo «uno o più giudici ordinari e uno o più giudici speciali contemporaneamente prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona».

In realtà i conflitti di giurisdizione possono insorgere unicamente tra giudici ordinari e giudici militari. Infatti per quanto concerne la materia penale sono giudici speciali solo la Corte costituzionale ed i giudici militari; peraltro l'art. 13, comma 1, c.p.p. in caso di connessione tra reati appartenenti alla competenza del giudice ordinario e reati di competenza della Corte costituzionale attribuisce a quest'ultima la competenza.

Potrebbe comunque aggiungersi che la Consulta, a seguito della modifica dell'art. 134 Cost. ad opera dell'art. 2 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, ha una giurisdizione penale estremamente limitata, riguardante esclusivamente i reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione imputati al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 90 Cost [28].

Oltretutto i giudici costituzionali hanno affermato che quando la Consulta viene chiamata a pronunciarsi nei giudizi di accusa non deve essere considerata «una giurisdizione speciale, bensì una giurisdizione penale costituzionale esclusiva» [29], sebbene, come autorevolmente sottolineato in dottrina, tale enunciazione «sembra invero dettata unicamente dal desiderio di allontanare da sé, anche lessicalmente, il riflesso negativo ormai insito nella locuzione "giudice speciale"» [30].

Il conflitto di giurisdizione rappresenta un rimedio eccezionale atto a fronteggiare «situazioni che patologicamente alterano i criteri di ordinaria ripartizione delle regiudicande in capo ai singoli organi di giurisdizione, con conseguente rischio che non siano rispettati i principi della naturalità e della precostituzione del giudice»[31].

Ai sensi dell'art. 51 del previgente codice di procedura penale il presupposto dei conflitti di giurisdizione e di competenza era rappresentato dal «medesimo reato»; tale impostazione è stata invece modificata dall'attuale codice, che fa riferimento, all'art. 28 c.p.p. (così come fanno gli artt. 649 e 669 c.p.p.), alla nozione di «medesimo fatto».

Le Sezioni Unite, con la pronuncia Zimarmani [32], da cui non si può prescindere per una corretta analisi dei conflitti di giurisdizione, hanno evidenziato come in tal modo il legislatore abbia inteso «evocare un plastico richiamo alla identità dell'accadimento storico-materiale, scevra da qualsiasi riferimento alle relative qualificazioni giuridiche», come del resto era già stato affermato dalla stessa Cassazione con la pronuncia Zummo, volta a sottolineare che la diversa qualificazione giuridica data da più Autorità giudiziarie ad uno stesso fatto non è d'ostacolo alla rilevazione di una situazione di conflitto [33].

La giurisprudenza di legittimità, interrogandosi sulla valenza da attribuire alla nozione di "medesimo fatto", ha ribadito che «ai fini della preclusione connessa al principio *ne bis in idem,*

---

[28] Cfr., volendo, P. RIVELLO, *Il procedimento militare,* in *Trattato di procedura penale,* diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 2010, p. 50.

[29] Corte cost., sent. 14 luglio 1977, n. 125, in *Giur. cost.,* 1977, I, p. 1096.

[30] G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale,* vol. I, *Principi generali,* Torino, 2007, p. 126, nota 46.

[31] G. BONETTO, *Giurisdizione, competenze, conflitti,* in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale,* diretta da M. Chiavario – E. Marzaduri, *Protagonisti e comprimari del processo penale,* coordinamento di M. Chiavario, Torino, 1995, p. 25.

[32] Cass., sez. un., 23 giugno 2016, n. 18621, Zimarmani, in *Dir. pen. cont.,* 2 maggio 2017, con commento di G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sui conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice militare.*

[33] Cass., sez. I, 17 maggio 2013, n. 27677, Zummo, in *CED Cass.,* n. 257178.

l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» [34].

Con la pronuncia Zimarmani è stata rilevata la necessità di una lettura in chiave finalistica di tale nozione, quale presupposto per la soluzione di un conflitto di giurisdizione o di competenza «che trova il suo fulcro nel basilare divieto di un secondo giudizio per un medesimo fatto (*ne bis in idem*) stabilito dall'art. 649 cod. proc. pen.», sottolineando come simile lettura risulti imposta dalla considerazione in base alla quale l'eliminazione dei conflitti, demandata alla Cassazione, è non solo strumento di tutela dell'interesse da parte dell'indagato o dell'imputato ad un *simultaneus processus* in relazione all'unitaria condotta naturalistica, ma anche mezzo idoneo alla «rimozione di una litispendenza "patologica" che vulnera il principio del *ne bis in idem*».

La pronuncia Zimarmani, concernente un conflitto di giurisdizione fra autorità giudiziaria ordinaria e militare, appare, come già abbiamo accennato, di estremo interesse in quanto fornisce un quadro puntuale e davvero approfondito delle tematiche afferenti a tale istituto.

Occorre descrivere sia pur brevemente la vicenda sottostante. In una notte del giugno 2013 il guidatore di un'autovettura venne fermato da una pattuglia di carabinieri al fine di essere sottoposto ai controlli alcolimetrici per sospetta guida in stato di ebbrezza. Allora egli telefonò ad un suo amico, luogotenente dei carabinieri, per un suo "intervento" a favore.

Il luogotenente contattato, anziché spiegare all' "amico" che la pattuglia stava svolgendo i propri compiti correttamente, cercò dapprima di contattare telefonicamente il brigadiere che comandava la pattuglia e poi intervenne direttamente sul posto, sollecitando la pattuglia, con frasi intimidatorie, ad interrompere il controllo di polizia giudiziaria, realizzando così una condotta tanto più disdicevole in quanto posta in essere in luogo pubblico ed alla presenza di più persone.

Tale episodio, che presentava indubbiamente plurimi profili di responsabilità penale ascrivibili a tale luogotenente dei carabinieri, costituì oggetto di comunicazione di notizia di reato, che venne inviata poco dopo sia al pubblico ministero militare che al pubblico ministero ordinario.

Secondo l'Autorità giudiziaria militare detto fatto dava vita al solo reato di cui all'art. 146 c.p.m.p. (*Minaccia a un inferiore per costringerlo a fare un atto contrari ai propri doveri*) aggravato per effetto della circostanza delineata dall'art. 47 n. 2 c.p.m.p. , che si verifica quando il militare risulta «rivestito di un grado o investito di un comando»; alla luce di queste contestazioni il prevenuto venne condannato dal Tribunale militare di Napoli alla pena, condizionalmente sospesa, di quattro mesi di reclusione militare.

L'autorità giudiziaria ordinaria ravvisò invece in detto fatto gli estremi non solo del reato previsto dall'art. 336 c.p., e cioè del reato di minaccia a un pubblico ufficiale, ma anche dell'ulteriore delitto sanzionato dall'art. 266 c.p. (*Istigazione di militari a disobbedire alle leggi*).

Appare evidente come l'autorità giudiziaria ordinaria avesse saputo individuare nell'ambito della condotta contestata un ulteriore aspetto di illiceità, rappresentato dal reato di istigazione, non "visto" invece dai giudici militari, e ciò sebbene l'art. 213 c.p.m.p. configuri lo specifico reato di "Istigazione di militari a disobbedire alle leggi", in base al quale «Il militare, che commette alcuno dei fatti d'istigazione o di apologia indicati nell'articolo 266 del codice penale, verso militari in servizio alle armi o in congedo, soggiace alle pene ivi stabilite, aumentate da un sesto a un terzo».

L'art. 213 c.p.m.p. sostituisce al «chiunque» dell'art. 266 c.p. il riferimento al «militare» come soggetto attivo del reato, ed in ciò risiede la *ratio* di tale autonoma incriminazione.

---

[34] Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 719.

Occorre precisare che sebbene tendenzialmente i codici penali militari appaiano caratterizzati dal principio della "complementarietà", volto ad imporre l'adozione di una normativa diretta a soddisfare le sole «esigenze particolari su cui si fonda la stessa ragion d'essere del diritto penale militare» [35], in realtà detto principio non sia stata accolto in maniera pienamente rigorosa e coerente [36], in quanto non mancano norme (tra cui appunto l'art. 213 c.p.m.p.) dal sapore meramente ripetitivo rispetto a quelle contenute nel codice penale [37].

Nel corso del giudizio di primo grado il difensore dell'imputato aveva richiesto, sia al giudice militare che a quello ordinario, la proposizione di un conflitto di giurisdizione, rilevando come nel caso di specie occorresse tener conto dell'art. 13, secondo comma, c.p.p., in base al quale «Fra reati comuni e reati militati, la connessione di procedimenti opera soltanto quando il reato comune è più grave di quello militare, avuto riguardo ai criteri previsti dall'art. 16 comma 3. In tal caso, la competenza per tutti i reati è del giudice ordinario».

Peraltro sia i giudici militari che quelli ordinari avevano respinto detta istanza.

Al riguardo va segnalato come l'autorità giudiziaria militare fosse ormai conscia del fatto che la vicenda in esame configurava anche il reato di cui all'art. 213 c.p.m.p., definito «specifico e più grave» rispetto a quello delineato dall'art. 266 c.p., ed atto dunque, almeno secondo i giudici militari partenopei, ad avallare la tesi dell'attribuibilità della competenza alla giurisdizione militare, sebbene non si fosse deciso di pervenire "in concreto" alla formulazione di alcuna imputazione in tal senso [38].

A loro volta i giudici ordinari avevano erroneamente ritenuto che il reato militare, essendo aggravato ai sensi dell'art. 47 n. 2 c.p.m.p., fosse più grave rispetto a quello comune, e pertanto non facesse scattare la *vis adtractiva* della giurisdizione ordinaria, ai sensi del sovracitato art. 13, comma 2, c.p.m.p.

Peraltro, come hanno puntualizzato le Sezioni Unite, la disposizione a carattere generale alla quale occorre fare riferimento al fine di accertare la maggiore gravità del reato è rappresentata dall'art. 4 c.p.p., in base al quale non si deve tener conto delle circostanze del reato «fatta eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale». Invece l'aggravante di cui all'art. 47 n. 2 c.p.m.p. è una circostanze "comune" e non ad effetto speciale.

Il difensore, nell'appellare le due decisioni, aveva contestualmente impugnato le ordinanze reiettive del conflitto di giurisdizione.

A questo punto, finalmente, la Corte militare di appello decideva di denunciare la sussistenza di un conflitto di giurisdizione.

La Prima Sezione penale della Cassazione, investita del conflitto di giurisdizione, dispose la rimessione del procedimento alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., per la risoluzione di due differenti questioni interpretative.

---

35 D. BRUNELLI, voce *Legge penale militare,* in *Dig. disc. pen.,* vol. VII, Torino, 1993, p. 372.

36 D. BRUNELLI – G. MAZZI, *Diritto penale militare,* IV Ed., Milano, 2007, p. 14, sottolineano giustamente che «nei codici del 1941 la scelta della complementarietà fu solo parziale».

37 D. BRUNELLI, voce *Legge penale militare,* loc. cit.

38 Come osservato da G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sui conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice militare,* in *Dir. pen. contemp.,* 2 maggio 2017, appare strano che il giudice militare da un lato abbia "omesso" di individuare un'imputazione, alla luce di una valutazione che «appare abbastanza sorprendente, specie se raffrontata con la precisa indicazione dei due distinti capi di imputazione contestati nel procedimento dinanzi al giudice ordinario» e d'altro canto abbia tuttavia cercato «di far valere l'imputazione omessa per significare una prevalenza della propria giurisdizione».

La prima di esse riguardava l'individuazione dell'ufficio del pubblico ministero al quale andava riconosciuta la titolarità del diritto/dovere di intervento all'udienza camerale fissata per la risoluzione del conflitto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice militare.
Era stato sottolineato dai giudici rimettenti come non fosse dato rinvenire alcun chiarimento normativo al riguardo. Infatti l'art. 32 c.p.p. (*Risoluzione del conflitto*) si limita a prevedere che i conflitti vengono decisi dalla Corte di cassazione in camera di consiglio secondo le forme previste dall'art. 127. Anche da detto articolo peraltro l'interprete non può ricavare nessuna utile indicazione per la soluzione del quesito. Analoghe considerazioni possono essere estese alle norme dell'ordinamento giudiziario volte ad imporre l'obbligo di intervento del pubblico ministero presso la Corte di cassazione, in tutte le udienze civili e penali.
La giurisprudenza non aveva mai affrontato specificamente il problema, anche se si era formata una "prassi" in materia, in base alla quale alle udienze camerali celebrate per risolvere i conflitti di giurisdizione tra giudice militare e giudice ordinario era sempre intervenuto il solo Procuratore Generale "ordinario".
La Prima Sezione penale, tuttavia, aveva ritenuto di dover dissentire da tale indirizzo, dubitando della sua razionalità e correttezza dal punto di vista giuridico.
Infatti, presso la Corte di cassazione sono incardinati, sul piano organizzativo e funzionale, due distinti e autonomi uffici del pubblico ministero: da un lato, la Procura generale ordinaria; dall'altro, la Procura generale militare; si trattava dunque di stabilire a chi spettasse il diritto di intervenire all'udienza camerale.
Parimenti rilevante risultava la seconda questione di diritto, originata dalla constatazione che la risoluzione del conflitto di giurisdizione imponeva «la verifica della esatta qualificazione giuridica del fatto operata in uno dei due procedimenti in corso, già approdato a decisione affermativa di responsabilità in primo grado».
Infatti, come già abbiamo osservato in precedenza, mentre i giudici militari avevano ritenuto che la vicenda configurasse soltanto una fattispecie di minaccia, riconducibile all'art. 146 c.p.m.p., i giudici ordinari avevano individuato, oltre agli estremi della minaccia, quelli dell'istigazione a disobbedire alle leggi.
Conseguentemente la Prima Sezione della Cassazione aveva ritenuto di rimettere alle Sezioni Unite anche l'ulteriore questione concernente l'interrogativo «se il regolamento del conflitto positivo di giurisdizione tra giudice ordinario e militare, procedenti entrambi in grado di appello, possa comportare, e con quali effetti sul giudizio di merito, la esclusione di uno dei reati, ritenuto in primo grado con affermazione della penale responsabilità dell'imputato».
Si trattava di valutare i limiti del sindacato della Corte di cassazione «laddove la soluzione del conflitto di giurisdizione involga, da un lato, l'individuazione della c.d. specialità prevalente e, dall'altro, "la verifica della esatta qualificazione giuridica del fatto operata in uno dei due procedimenti in corso [...]" ».
La prima questione di diritto sottoposta alle Sezioni Unite concerneva dunque l'interrogativo «Se alla udienza partecipata davanti alla Corte di cassazione, regolatrice del conflitto di giurisdizione instaurato fra il giudice ordinario e quello militare, sia legittimato a partecipare in qualità di pubblico ministero il Procuratore generale presso la Corte di cassazione o il Procuratore generale militare, ovvero entrambi».
Per delineare la natura della Procura generale militare presso la Corte di Cassazione occorre aver presente che, a seguito della riforma della giustizia militare operata dalla l. 7 maggio 1981, n. 180, venne totalmente riconfigurato il meccanismo delle impugnazioni nell'ambito del processo penale

militare, eliminando la precedente anomalia rappresentata dalla mancanza dei tre gradi di giurisdizione, che poneva il militare, imputato di un reato militare, in una posizione nettamente deteriore rispetto a quella di qualsiasi altro cittadino [39].

Fu introdotto il grado di appello e si previde che avverso le decisioni dei giudici di merito fosse possibile ricorrere innanzi alla Corte di cassazione per gli stessi motivi previsti dal codice di procedura penale, determinando così l'abrogazione per il tempo di pace delle disposizioni relative all'esistenza e al funzionamento del Tribunale supremo militare.

A dire il vero, taluno obiettò che in tal modo era stata violata la VI disp.trans. Cost., il cui secondo comma stabiliva che entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione avrebbe dovuto provvedersi con legge «al riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'articolo 111»; infatti con la l. n. 180 del 1981 il legislatore aveva invece operato una sua radicale eliminazione.

La dottrina peraltro, ritenendo pienamente giustificabile e razionale l'intervento così adottato, sottolineò, a difesa della sua assoluta legittimità, che «"riordinare" non vuol dire soltanto ristrutturare l'organo lasciando intatte funzioni e denominazione. Significa anche ridimensionamento radicale nel quadro di una ristrutturazione del sistema delle impugnazioni: con la prospettiva di mutare anche nome e funzione dell'organo. E' appunto ciò che è avvenuto nel caso di specie» [40].

L'art. 5 di detta legge previde (ed è questo il punto di diretto interesse per la nostra disamina) l'istituzione, presso la Corte di cassazione, di un ufficio autonomo del pubblico ministero militare, composto dal Procuratore generale militare e da uno o più sostituti procuratori generali militari. Successivamente la l. n. 244 del 2007 stabilì la presenza di due sostituti procuratori generali, accanto al procuratore generale militare, e questa impostazione è stata mantenuta dall'art. 58, comma 1, d. lgs. n. 66 del 2010 [41].

La scelta, operata con la riforma di cui alla l. n. 180 del 1981, di dar vita ad un apposito ufficio della Procura generale militare presso la Corte di cassazione rappresentò, come emerge dalla disamina dei lavori preparatori, una soluzione intermedia tra l'impostazione di chi avrebbe voluto la creazione di un'intera sezione specializzata in Cassazione, composta da magistrati militari anche in relazione alle funzioni giudicanti, e l'opposta tesi di chi invece appariva decisamente contrario alla presenza di magistrati militari nel giudizio di legittimità, temendo che questo fatto avrebbe determinato una sorta di "snaturamento" della stessa struttura della Cassazione [42].

Peraltro, come successivamente rilevato dagli stessi giudici di legittimità, la «singolarità dell'istituzione di un ufficio del P.M. speciale presso un organo della giurisdizione ordinaria» appariva sicuramente giustificata, in quanto essa trovava «un indubbio e ragionevole fondamento sia nella particolarità della materia (reati militari) sia nella qualità dei soggetti che sono sottoposti alla giurisdizione militare sia nell'esigenza di assicurare, in una materia che consente l'esperimento del ricorso per cassazione in via ordinaria e generale, la presenza in Cassazione del P.M. specializzato» [43].

---

[39] R. VENDITTI, *Il processo penale militare,* Milano, 1997, p. 19.

[40] R. VENDITTI, *Il processo penale militare,* cit., p. 129.

[41] V. sul punto P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, nel *Trattato di procedura penale,* diretto da G. UBERTIS – G. P. VOENA, vol. XLIX, Milano, 2010, p. 311 ss.

[42] V. per un approfondimento P. RIVELLO, *Ricorso per cassazione nel diritto processuale penale militare,* in *Dig. disc. pen.,* vol. XII, Torino, 1997, p. 225 ss.

[43] Per tali affermazioni v. Cass., sez. I, 27 novembre 1986, Calzetta, in *Rass. giust. mil.,* 1987, p. 236 ss.

Questa normativa venne sottoposta al vaglio del giudice delle leggi. Fu infatti eccepito che il "riordinamento " imposto dalla VI disp. trans. Cost. avrebbe dovuto consentire di salvaguardare pienamente le peculiarità della giurisdizione militare e di utilizzare l'apporto dei giudici militari anche nella fase di legittimità.

La questione fu tuttavia dichiarata infondata dalla Corte costituzionale [44], che rilevò come la soluzione ipotizzata dai giudici *a quibus,* tendente all'istituzione di una sezione specializzata all'interno della Cassazione, non fosse affatto imposta dalla Costituzione. Fu sottolineato che l'introduzione di sezioni specializzate per determinate materie è rimessa alla scelta discrezionale del legislatore, che con riferimento alla tematica in esame non aveva evidentemente ritenuto di operare in tal senso, decidendo invece di accogliere, con una valutazione di opportunità esente da censure sul piano costituzionale, una differente soluzione, volta a dar vita ad un'impostazione di portata più "ridotta", volta a prevedere l'istituzione di un ufficio autonomo del pubblico ministero militare in Cassazione, che avrebbe in tal modo permesso di utilizzare le competenze specialistiche dei magistrati militari unicamente in riferimento alle funzioni requirenti in Cassazione.

Poco dopo, le Sezioni Unite della Corte di cassazione ritennero manifestamente infondato un quesito (che può essere considerato speculare rispetto al precedente) concernente la stessa legittimità dell'istituzione dell'Ufficio autonomo della Procura Generale militare presso la Corte di Cassazione.

Venne osservato che, così come il legislatore «ben avrebbe potuto, qualora l'avesse ritenuto opportuno, istituire per il ricorso in materia militare una sezione specializzata presso la Corte di cassazione», a maggior ragione non poteva disconoscersi la legittimità e la conformità al dettato costituzionale dell'istituzione dell'ufficio autonomo del pubblico ministero militare presso la Corte di cassazione «giacché essa rappresenta un *minus* rispetto alla istituzione della sezione specializzata» [45].

Fu rilevato come la natura della materia costituente oggetto della giurisdizione militare renda «quanto mai opportuna ed utile la partecipazione del magistrato specializzato del P.M.», aggiungendosi inoltre che la partecipazione del pubblico ministero militare al giudizio innanzi alla Corte di cassazione trova «un sicuro fondamento nel fatto che, al contrario di quanto avviene per altre giurisdizioni speciali (Consiglio di Stato, Corte dei conti), per i provvedimenti dei giudici militari è previsto e consentito, in via ordinaria, il giudizio di legittimità senza alcuna limitazione, sicché potrebbe ritenersi del tutto ingiustificata ed arbitraria l'esclusione da tale giudizio del competente ufficio del P.M., pur presente nei procedimenti di merito» [46].

La prima questione sottoposta alla disamina delle Sezioni Unite non aveva mai costituito oggetto di particolari approfondimenti, in quanto sostanzialmente veniva dato per scontato l'intervento del solo Procuratore generale ordinario [47].

Le Sezioni Unite con la pronuncia Zimarmani hanno rilevato come la giurisdizione militare debba essere considerata «in un contesto di eccezione», osservando che la giurisdizione ordinaria «per il tempo di pace rimane la giurisdizione normale e preminente anche per i reati militari», e citando a sostegno di tali conclusioni due pronunce della Corte costituzionale, la sent. n. 119 del 1957 e la sent. n. 29 del 1958.

---

[44] Corte cost., sent. 24 gennaio 1983, n. 1, in *Rass. giust. mil.,* 1983, p. 55 ss.

[45] Cass., Sez. Un, 21 maggio 1983, n. 7523, Andreis, in *CED Cass.,* n. 160245.

[46] Cass., Sez. Un, 21 maggio 1983, n. 7523, Andreis, cit.

[47] Cass., sez. I, 11 aprile 2014, n. 18252, ined.; Cass., sez. un., 24 novembre 1999, n. 25, Di Dona, in *Foro it.,* 2000, II, c. 621; Cass., sez. I, 18 maggio 1999, n. 3695, Cascella, in *CED Cass.,* n. 213871; Cass., sez. I, 10 febbraio 1997, n. 897, Priebke, in *Arch. n. proc. pen.,* 1997, p. 185.

A dire il vero, la tesi in base alla quale la giurisdizione dei tribunali militari in tempo di pace avrebbe natura "eccezionale", pur essendo stata effettivamente sostenuta, appare alquanto "datata".
Una parte della dottrina in passato aveva infatti affermato che detta giurisdizione va considerata «giurisdizione eccezionale, in tempo di pace, anche con riguardo ai reati militari» [48].
Tale impostazione, che in qualche modo sovrapponeva arbitrariamente i concetti di giurisdizione "eccezionale" (peraltro vietata dalla Costituzione) e di giurisdizione "speciale", e poteva far sorgere più di un interrogativo circa le ragioni stesse della sopravvivenza di una magistratura alla quale non veniva riconosciuto come "proprio" e "connaturale" neppure l'intervento relativo a quello che avrebbe dovuto essere il tradizionale settore di competenza, è stata successivamente sottoposta ad una rivisitazione critica.
Le conclusioni alle quali oggi aderisce la dottrina maggioritaria possono essere riassunte nelle seguenti affermazioni. Da un lato appare incontroverso che l'art. 103, comma 3, Cost., nell'attribuire ai tribunali militari, in tempo di pace, giurisdizione «soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Armate», non ha inteso configurare in tal modo una competenza "riservata" ed inderogabile a favore dei tribunali militari.
Detta norma infatti ha una funzione meramente delimitativa [49], in quanto la sua finalità è quella di impedire tassativamente la possibilità per la magistratura militare di occuparsi di reati rientranti nella competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, alla quale invece non risulta affatto precluso un ambito più o meno ampio di intervento nel settore penale militare, legato alle diverse scelte legislative, che non possono essere censurate di illegittimità qualora non violino il principio di razionalità.
Queste considerazioni vennero enunciate con chiarezza dalla pronuncia n. 207 del 1987, con cui fu sottolineato che tale disposizione non costituisce «la fonte di una riserva di giurisdizione e, quindi, di una giurisdizione esclusiva per i tribunali militari in tempo di pace, ma esprime la chiara volontà del Costituente che la giurisdizione militare in tempo di pace risulti circoscritta entro limiti rigorosi, per nessuna ragione oltrepassabili nei confronti della giurisdizione ordinaria. Questa, pertanto, ben può subentrare a quella, ogni volta che il legislatore ordinario pervenga ad individuare una ragione giustificatrice » [50].
D'altro canto, però, pur non potendosi condividere l'impostazione volta ad attribuire alla giurisdizione militare la natura di giurisdizione esclusiva in riferimento ai reati militari, va parimenti rifiutata la tesi, alla quale hanno mostrato invece di aderire le Sezioni Unite nell'annotata sentenza, in base alla quale essa avrebbe connotazione "eccezionale" anche rispetto agli illeciti penali militari.
Al riguardo appare opportuno fare riferimento all'impostazione delineata dalla Corte costituzionale in una pronuncia temporalmente successiva rispetto a quelle, assai risalenti, citate dalle Sezioni Unite, e cioè nella decisione n. 441 del 1998 [51].
La Consulta, respingendo l'eccezione di legittimità dell'art. 13, comma 2, c.p.p., sollevata in quanto esso non attribuisce una *vis adtractiva* alla giurisdizione ordinaria in tutte le ipotesi di

---

[48] Cfr. G. MAZZI, *La giurisdizione militare come giurisdizione eccezionale e i suoi limiti costituzionali,* in *Cass. pen.,* 1993, p. 1627; a sua volta secondo S. RIONDATO, *Diritto penale militare,* Padova, 1998, p. 48 «i tribunali militari hanno il carattere di organi giurisdizionali non già 'esclusivi' bensì 'eccezionali', come evidenzia l'avverbio limitativo 'soltanto' (art. 103, comma III, Cost.), che esprime chiaramente la compressione della sfera di giurisdizione che dal punto di vista costituzionale è attribuibile – e non: riservata – a tali organi».
[49] M. SICLARI, *La giurisdizione militare nella gurisprudenza costituzionale,* in *Cass. pen.,* 1997, p. 935.
[50] Corte cost., 28 maggio 1987, n. 207, in *Giur. cost.,* 1987, I, p. 1559 ss.
[51] Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 441, in *Cass. pen.,* 1999, p. 1371.

connessione tra i procedimenti di sua competenza e quelli di competenza dell'autorità giudiziaria militare, ha rilevato come, pur non essendo riconosciuta una giurisdizione esclusiva a favore della magistratura militare, non possa certo essere considerata irragionevole la soluzione normativa accolta dal codice di procedura penale, che tende a non alterare in maniera radicale «i limiti entro cui ordinariamente si esercitano le due distinte giurisdizioni» [52], evitando così, opportunamente, che in caso di connessione la cognizione dei reati militari debba sempre essere affidata alla magistratura ordinaria.

Si è infatti posta in luce la congruità di un'impostazione atta a garantire uno spazio minimale di intervento alla magistratura militare.

Va del resto ricordato come le stesse Sezioni Unite, oltre un decennio or sono, in tema di connessione, sconfessando una tesi interpretativa che determinava un'ingiustificata compressione della giurisdizione militare, abbiano accolto una ben diversa opzione esegetica, volta a far sì che la giustizia militare non debba *a priori* vedersi preclusi i più significativi spazi di operatività riconducibili alle sue specifiche competenze, sostenendo che la giurisdizione militare rappresenta la giurisdizione "naturale" per gli appartenenti alle Forze armate [53].

Confutando la ragionevolezza dell'opposta tesi interpretativa, è infatti stato affermato che essa avrebbe comportato «uno spostamento della giurisdizione e una sottrazione del militare *al suo giudice naturale* [corsivo nostro]»[54], intendendosi per tale quello militare.

Sotto questo aspetto, e cioè con riferimento alla nozione di giudice "naturale", respinta l'operazione esegetica volta a ricondurre il concetto di "naturalità" a quello di "precostituzione" (ed in base alla quale l'art. 25 comma 1 Cost. in sostanza si limiterebbe esclusivamente a garantire quest'ultimo principio, imponendo che la competenza del giudice risulti preventivamente determinata dalla legge mediante criteri generali), appaiono particolarmente significative le indicazioni di chi, proprio al fine di attribuire un effettivo contenuto alla nozione di "naturalità" del giudice [55], ha rilevato come in essa debba intendersi insito il riferimento alla predisposizione del giudice «a comprendere tutti i valori socio-culturali coinvolti dal processo» [56].

Detta considerazione assume una particolare valenza in relazione alla tematica della giustizia militare. Eliminate le incrostazioni di un lontano passato, volte ad individuare in essa un "foro privilegiato" o, in altri termini, una giurisdizione "di casta", rimane l'esigenza che la peculiare scala di valori che anima i militari, nonché la portata che assume in detto contesto il senso della gerarchia, siano adeguatamente comprese da chi viene chiamato a valutare le condotte poste in essere da tali individui [57].

Il cittadino, ivi compreso il cittadino militare, ha infatti il diritto «di essere giudicato da chi sia in grado di cogliere compiutamente, e quindi imparzialmente, il significato della sua condotta» [58].

---

[52] Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 441, *cit.*

[53] Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, M., in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 997, con nota di P. Rivello. In virtù di detta pronuncia le Sezioni Unite evidenziarono l'inaccettabilità della tesi volta a sostenere la vigenza, in aggiunta alla previsione dell'art. 13 comma 2 c.p.p., dell'art. 264 c.p.m.p. che attribuiva, con riferimento a tutti i casi di connessione da esso delineati (non collimanti con quelli previsti dall'art. 12 c.p.p.) la giurisdizione alla magistratura ordinaria. Per un'analisi in chiave retrospettiva dell'art. 264 c.m.p.m. v., volendo, P. RIVELLO, *Il «passato» ed il «presente» del diritto penale militare,* in A. GARGANI (a cura di), *Il diritto penale militare tra passato e futuro. Tradizione, profili politico-criminali e prospettive di riforma dei codici penali militari,* Torino, 2009, p. 16 ss.

[54] Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, cit., p. 997.

[55] G. UBERTIS, *"Naturalità" del giudice e valori socio-culturali nella giurisdizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1058 ss.

[56] G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale,* vol. I, *Principi generali,* cit., p. 127.

[57] P. RIVELLO, *Il procedimento militare,* cit., p. 12.

[58] G. UBERTIS, *loc. ult. cit.*

Si può rilevare come l'art. 103, comma 3, Cost., prevedendo l'esistenza dei tribunali militari, permetta di far sì che nei processi celebrati nei confronti degli appartenenti ad un settore del tutto peculiare quale quello delle Forze armate si possa tener conto dei valori di fondo che lo caratterizzano [59]. Queste osservazioni appaiono indubbiamente significative per un esatto inquadramento della problematica in esame.

Nella pronuncia Zimarmani, dandosi atto del principio dell'unità della giurisdizione (peraltro delineato dalla nostra Costituzionale come criterio meramente "tendenziale", stante la presenza delle giurisdizioni speciali previste dall'art. 103), si sostiene che l'eventuale «congiunta partecipazione del Procuratore generale ordinario e del Procuratore generale militare» darebbe luogo ad un «improprio contrasto nello stesso giudizio regolatore della giurisdizione».

In realtà, occorrerebbe riconsiderare quale sia la veste con cui il Procuratore Generale è chiamato ad intervenire in detta sede.

Si è infatti nel contesto dell'art. 28 c.p.p., e dunque di una situazione "conflittuale". Il "contrasto" è insito nel conflitto; una semplice analisi etimologica conferma come il termine *conflictus* evochi l' "urto", e come *confligere* significhi "combattere".

Due giurisdizioni, quella militare e quella ordinaria, "lottano" per veder riconosciuta la meritevolezza delle rispettive, divergenti impostazioni; solo all'esito del giudizio potrà determinarsi quale delle due opzioni sia corretta.

La pronuncia Zimarmani ha operato un riferimento alla pronuncia delle Sezioni Unite civili [60], con cui venne affermato che il Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione, titolare dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati militari innanzi al Consiglio della magistratura militare, pur essendo legittimato a proporre ricorso per cassazione o a resistervi in relazione alle relative decisioni adottate dal Consiglio, presenzia alla fase dibattimentale del relativo procedimento «non direttamente, bensì attraverso l'organo inquirente ordinamentale legittimato e competente a parteciparvi ai sensi degli artt. 79, comma 1, e 379, comma 3, cod. proc. civ.».

Le Sezioni Unite civili giunsero a tale conclusione rilevando l'assenza di una normativa espressa volta a confermare la partecipazione del Procuratore generale militare nei giudizi di legittimità in materia disciplinare concernenti magistrati militari, e ricavando da detta mancanza un sostegno decisivo a favore della tesi diretta ad escludere tale partecipazione.

La pronuncia ora in esame ha richiamato inoltre la soluzione accolta dalle Sezioni Unite civili in relazione al regolamento di giurisdizione, di cui agli artt. 37 e 41 c.p.c., in base alla quale il rappresentante del pubblico ministero legittimato a partecipare al relativo giudizio incidentale va individuato nel Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

E' stato sottolineato in particolare che il Procuratore generale della Corte dei conti «parte legittimata a proporre il ricorso per cassazione ovvero a resistervi in caso di proposizione dello stesso avverso le decisioni del giudice contabile» è presente nella fase dibattimentale del successivo procedimento davanti alle Sezioni Unite attraverso l'organo requirente presso la Cassazione.

A dire il vero, questo riferimento non è del tutto significativo, in quanto la configurazione strutturale delle altre magistrature speciali non prevede, a differenza di quanto invece è disposto per la magistratura militare, la presenza di un proprio rappresentare in seno alla Cassazione. Conseguentemente, il richiamo alla Corte dei conti e al regolamento di giurisdizione non necessariamente deve valere con riguardo al caso ben diverso del conflitto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e militare.

---

[59] G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale,* vol. I, *Principi generali,* cit., p. 128.

[60] Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2001, n. 7, P.G. militare c. Roberti, in *CED Cass.,* n. 543339.

Traendo le fila di quanto finora analizzato, va certamente dato atto dell'ampio sforzo argomentativo operato dalle Sezioni Unite;. occorre però al contempo riconoscere come buona parte dell'*iter* motivazionale, sia pur indubbiamente interessante per una ricostruzione dell'attuale volto della giustizia militare, non conduca a conclusioni direttamente riferibili al caso in esame.
Certo, utilizzando impropriamente una dizione riferibile a differenti contesti, in questa ipotesi appariva difficile ravvisare una soluzione "a rime obbligate".
La totale assenza di utili riferimenti normativi rendeva indubbiamente difficoltosa l'indagine al riguardo.
Si è così deciso di accogliere una soluzione "prudenziale", volta ad escludere al Procuratore generale militare la competenza, del resto non espressamente prevista, a partecipare all'udienza camerale per la risoluzione dei conflitti, anche se in tal modo si è finito per operare un'ulteriore riduzione dell'ambito di intervento della magistratura militare.
E' stato conseguentemente enunciato il principio di diritto in base al quale «Alla udienza in camera di consiglio davanti alla Corte di cassazione, regolatrice del conflitto di giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice militare, è legittimato a partecipare esclusivamente il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione».
Venendo ora al secondo aspetto affrontato dalle Sezioni Unite, va ricordato che la Prima Sezione penale della Cassazione, individuando una situazione connotata dalla sussistenza di una "eccedenza obiettiva" di contestazione nell'ambito del procedimento ordinario, si era domandata se la soluzione del conflitto di giurisdizione implicasse l'apprezzamento da parte dei giudici di legittimità «della "rispondenza" o meno della "frazione difforme" ad una effettiva caratteristica della condotta».
La "risposta" fornita al riguardo dalle Sezioni Unite è stata, anche sotto questo aspetto, ampia ed articolata.
Si è rilevato come, nel caso in esame, sembrasse porsi un'opzione tra l'orientamento volto ad incentrare la nozione di medesimo fatto sulla dimensione storico naturalistica, senza tener conto delle qualificazioni giuridiche conferite dai giudici in conflitto, e quello diretto invece a valorizzare, sotto il profilo formale, l'imputazione "difforme" (nel caso specifico rappresentata dall'addebito di istigazione, contestato dal solo giudice ordinario).
E' stato precisato come, sotto questo aspetto, siano individuabili due differenti filoni giurisprudenziali. Da un lato alcune decisioni dei giudici di legittimità hanno ritenuto che la Corte di cassazione debba avere al riguardo «il potere di verificare l'effettiva corrispondenza tra il fatto e le contestazioni», sottolineando che in tal caso la Corte, per individuare il giudice competente, non incontra i limiti né i vincoli propri connaturati agli usuali poteri di delibazione [61]; altre pronunce invece, così come emerge dalla scrupolosa disamina delle Sezioni unite «incardinano tendenzialmente la risoluzione dei conflitti sulla specifica contestazione elevata dal pubblico ministero nei confronti dello stesso indagato o imputato in procedimenti diversi, a meno che non siano immediatamente rilevabili eventuali macroscopici errori di una delle diverse contestazioni» [62].
Dopo aver fornito tale quadro complessivo, la pronuncia Zimarmani osserva come appaia «di tutta evidenza» che la Cassazione non possa, sostituendosi in tal modo in maniera surrettizia al pubblico ministero, intervenire modificando l'accusa contestata, fatte salve le ipotesi di cui agli artt. 516 ss. c.p.p., giacché altrimenti finirebbe col vanificare gli esiti delle decisioni già adottate dai giudici configgenti. Esaurita questa premessa, le Sezioni Unite hanno cercato di ricondurre ad unità i due orientamenti apparentemente divergenti, osservando come il criterio volto a far leva sul valore della

---

[61] V., per tutte, Cass., sez. I, 1° ottobre 2009, n. 43236, Mendico, in *CED Cass.*, n. 245122.
[62] In tal senso, da ultimo, Cass., sez. I, 23 luglio 2015, n. 36336, Novarese, in *CED Cass.*, 36336.

contestazione effettuata dal pubblico ministero non contraddica in realtà l'opzione esegetica incentrata sull'analisi del fatto nella sua dimensione storico-naturalistica.
Tali impostazioni, infatti, «si profilano quali espressioni di aspetti complementari e progressivi di una stessa fenomenologia giuridica nella sua dinamica evolutiva».
E' stato osservato come la Cassazione, in tema di conflitti, non possa non far seguire all'analisi del "fatto" quella della sua corretta qualificazione giuridica, con la conseguente individuazione dell'organo giudiziario ritenuto competente.
Pertanto occorre accertare «se la definizione attribuita al fatto dall'uno o dall'altro giudice sia corretta e conforme alla vagliata storicità del fatto (cioè alla condotta nelle sue componenti di azione, evento e nesso causale)»; se la verifica risulta negativa sarà la stessa Cassazione a delineare «l'esatta qualificazione giuridica riconoscibile al fatto».
Fatto e qualificazione giuridica si fondono in tal modo in maniera armonica, giacché «il fatto storico (medesimo) deve essere penalmente individuato e qualificato, divenendo in ultima analisi la sua corretta qualificazione giuridica», e proprio tale corretta qualificazione giuridica costituisce l'elemento volto a determinare la soluzione del conflitto di giurisdizione (o di competenza).
Le Sezioni Unite, dopo la pregevole analisi precedentemente riportata, hanno risolto il conflitto a favore del giudice ordinario sulla base di considerazioni aventi un grado assai disomogeneo di pregnanza. I giudici di legittimità, rilevato come, ai sensi dell'art. 13, secondo comma, c.p.p. in caso in connessione fra procedimenti per reati comuni e militari, laddove il reato comune sia più grave di quello militare, la competenza per tutti i reati è del giudice ordinario, hanno risolto il conflitto a favore dell'autorità giudiziaria ordinaria, rilevando come la contestazione da essa effettuata, comprensiva anche del reato di istigazione, risultasse di maggiore gravità rispetto a quella delineata dal giudice militare, che si era invece limitato a ravvisare il reato di minaccia ad inferiore per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, ai sensi dell'art. 146 c.p.m.p.
E' stato dato per scontato che il caso in esame configurasse un'ipotesi di concorso formale eterogeneo di reati e si è esclusa la sussistenza di un concorso apparente di norme, da risolversi secondo i canoni della specialità univoca o bilaterale prevalente. Questa affermazione peraltro avrebbe dovuto essere meglio coordinata con quello che rappresenta l'aspetto motivazione di maggiore spessore. Potrebbe infatti osservarsi come i rapporti tra il reato di istigazione di militari a disobbedire alle leggi, di cui all'art. 213 c.p.m.p., e quello previsto dall'art. 266 c.p., avente addirittura la stessa rubrica di quella contenuta nell'articolo del codice penale militare di pace, in assenza di altre considerazioni configurino un'ipotesi di concorso apparente di reati.
Il punto risolutivo è invece un altro, che le Sezioni Unite hanno affrontato proprio al termine del loro percorso argomentativo.
Esso consiste nella considerazione in base alla quale l'autorità giudiziaria militare denunciò la sussistenza di un conflitto di giurisdizione ponendo a suo fondamento un' "ipotesi", e cioè affermando che l'imputato *teoricamente* avrebbe dovuto rispondere anche del reato di cui all'art. 213 c.p.m.p., che però in realtà non venne mai contestato.
Si era pertanto in presenza da un lato di una contestazione "reale" di istigazione da parte dell'A.G. ordinaria e dall'altra di una "mancata contestazione" della corrispondente incriminazione da parte dell'A.G. militare.
Al riguardo, le Sezioni unite hanno potuto agevolmente evidenziare come uno dei presupposti del conflitto di giurisdizione sia invece la attualità e concretezza del contrasto tra giudici, e la "concretezza" delle ipotesi incriminatrici raffrontate.

Conoscibilità, accessibilità e tutela delle abilitazioni di sicurezza personali.

Knowability, accessibility and protection of security clearances.

Col. Francesco Coletta[1]

ABSTRACT: Accogliendo la stimolante sollecitazione del collega redattore della Rassegna della Giustizia Militare torno pur con un certo timore reverenziale ad occuparmi di "abilitazioni di sicurezza"[2] chiarendo sin da ora, visto lo spessore giuridico della rivista che mi ospita, che il mio intento piuttosto che ad una dotta disamina dottrinale mira ad una semplice sintesi esperienziale dei tanti anni oramai accumulati in servizi che in vario modo hanno riguardato anche la tutela del segreto all'interno delle Forze Armate.
Oggetto di questo modesto lavoro saranno alcune considerazioni in materia di rilascio e rinnovo del Nulla Osta di Segretezza, forse sarebbe meglio dire di diniego al rilascio o rinnovo, con specifico riguardo alla conoscibilità dei relativi procedimenti ed alla accessibilità degli atti ai fini della possibilità di tutela in via amministrativa.

By accepting the stimulating solicitation of my colleague, editor of the Military Justice Review, I am still with a certain reverential fear of dealing with "security clearance" by clarifying now, given the legal thickness of the magazine that hosts me, that my intent rather than doctrinal examination aims at a mere experiential synthesis of the many years accumulated in services that in various ways also involved the protection of the secret within the Armed Forces. The subject of this modest work will be some considerations regarding the issue and renewal of the Security Clearance, perhaps it would be better to say a denial of release or renewal, specifically regarding the know-how of the related proceedings and the accessibility of the acts for the purpose of protection on an administrative basis.

SOMMARIO: 1. La natura giuridica del N.O.S. 2. I risvolti del mancato possesso. 3. L'accessibilità. 4. La conoscibilità. 5. La concreta possibilità di ricorrere.

1. La natura giuridica del N.O.S..

Il Nulla Osta di Sicurezza è il provvedimento che, a mente dell'art. 42 della L. n. 124 del 3.8.2007, abilita alla trattazione di informazioni classificate[3]; il precedente art. 9 della medesima legge ne determina la durata[4], le modalità di rilascio, rinnovo e revoca[5] chiarendo che la competenza in materia risale all'Ufficio Centrale per la Segretezza[6] che può delegare in determinati

---

1 L'autore, Ufficiale dell'Arma dei Carabinieri in servizio presso la Corte Militare di Appello, con il presente lavoro intende svolgere un mero esercizio dottrinale che – benché ispirato da dati esperienziali – non ha alcuna incidenza sulle posizioni e sugli orientamenti in materia dell'Amministrazione di appartenenza.

2 In passato e più precisamente nell'anno 2003, ebbi ad affrontare il tema degli accertamenti soggettivi per il rilascio delle abilitazioni di sicurezza. Il quadro normativo di riferimento dell'epoca era costituito dall'art. 17 della legge n. 382 dell'11.7.1978 "Norme di Principio sulla Disciplina Militare" e l'art. 6 del Regio Decreto n. 1161 dell'11.7.1941 "Norme relative al segreto militare" mentre sul piano regolamentare vigeva la direttiva PCM-ANS 1/R "Norme unificate per la tutela del segreto di stato". Oggi tutte queste norme risultano nell'ordine abrogate dal Decreto Legislativo n. 66 del 15.3.2010 e dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3.2.2006 "Norme unificate per la protezione e la tutela delle informazioni classificate".

3 Secondo la prescrizione contenuta nel comma 1-bis introdotto dall'art. 24 comma 73 lettera c) n. 2) del Decreto Legge n. 78 del 1.7.2009 ed avuto riguardo alle sole classifiche di RISERVATISSIMO, SEGRETO e SEGRETISSIMO.

4 Art. 9 comma 3 della legge n. 124 del 3.8.2007.

5 Art. 9 commi 4, 6, 7 ed 8 della legge n. 124 del 3.8.2007.

6 Art. 9 comma 2 lettera c) della legge n. 124 del 3.8.2007.

casi[7]. Nessun dubbio che possa trattarsi di atto amministrativo che la dottrina ricomprende tra i provvedimenti con portata costitutiva ad effetti ampliativi attribuendo al beneficiario la legittimazione al trattamento delle informazioni classificate[8].
Nell'ambito della disciplina regolamentare, oggi normata dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 5 del 6.11.2015[9], paiono di particolare interesse per la presente trattazione i sottonotati aspetti:

- la richiesta, relativa alle sole persone fisiche maggiorenni[10], non scaturisce dall'iniziativa del diretto interessato, ma è inoltrata dal soggetto pubblico o privato abilitato che intende impiegarlo nella trattazione di informazioni classificate;
- l'istruttoria prevede l'espletamento di accertamenti volti ad accertare l'affidabilità del soggetto "abilitando"[11];
- tale istruttoria deve concludersi entro 12 mesi, con eventuale proroga di ulteriori 6 mesi[12];
- dell'avvenuto rilascio, diniego, sospensione o revoca è dato avviso al solo soggetto pubblico o privato richiedente[13].

2. I risvolti del mancato possesso.

Già nell'Aprile del 1995[14] il Comitato Parlamentare per i Servizi di Informazione e Sicurezza e per il Segreto di Stato, peraltro citando una pubblicazione del 1980[15], aveva rilevato come il possesso o meno del Nulla Osta di Segretezza condizionasse l'accesso ad una serie di incarichi e di funzioni importanti sino a livello ministeriale, con riflessi diretti nella vita professionale degli interessati; in particolare poi, segnatamente per i militari ed i dipendenti pubblici, rilevava il Comitato come il rilasciare o negare questa abilitazione di sicurezza potesse modificare radicalmente carriere individuali. È di tutta evidenza infatti, soprattutto nei contesti caratterizzati da accentuata riservatezza quali il dicastero degli esteri, degli interni o della difesa solo per citare i più noti, che la possibilità di trattare informazioni classificate sia uno dei pre-requisiti essenziali per ricoprire gli incarichi più importanti e prestigiosi. Con riferimento al mondo militare ad esempio, talune promozioni di grado sono formalmente condizionate dall'espletamento di funzioni di comando in assenza del quale si è privi dell'idoneità all'avanzamento[16]; analogamente per l'ammissione a determinati corsi, il cui superamento costituisce titolo di merito ai fini dell'avanzamento, è necessario aver espletato particolari incarichi[17]. Da qui la possibilità di un'eventuale lesione di interessi nel caso di mancato rilascio o rinnovo. A titolo di curiosità giuridica, essendo argomento che esula dalla presente trattazione, credo interessante accennare come il mancato rilascio di una così importante abilitazione sia a volte del tutto indipendente da requisiti, comportamenti, pregiudizi del diretto interessato in quanto il diniego può essere opposto al rilascio in presenza di controindicazioni in capo a parenti, coniugi, affini[18]: una sorta di "responsabilità per fatto altrui".

---

7 Art. 24 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 5 del 6.11.2015.
8 A. MASSERA M. SIMONCINI "La tutela amministrativa del segreto di stato e delle informazioni classificate" Giornale di Diritto Amministrativo 4/2012 e M. Caporale "La necessità di conoscere e di condividere: nuovi principi per nuovi segreti" Giornale di diritto amministrativo 3/2016.
9 "Disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di stato e delle informazioni classificate e a diffusione esclusiva" emanato ai sensi dell'art. 43 della legge n. 124 del 3.8.2007.
10 Art. 25 comma 1 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 5 del 6.11.2015.
11 Art. 25 comma 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 5 del 6.11.2015.
12 Art. 27 comma 13 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 5 del 6.11.2015.
13 Art. 30 comma 1 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 5 del 6.11.2015.
14 XII Legislatura, relazione del Comitato Parlamentare per i Servizi di Informazione e Sicurezza e per il Segreto di Stato "Primo Rapporto sul Sistema di Informazione e Sicurezza" rimessa al Presidente del Senato il 6 aprile 1995.
15 G. COCCO "I Servizi di Informazione e di Sicurezza nell'Ordinamento Italiano" Padova 1980.
16 Fra i tanti si veda l'art. 1096 del D. Lgs n. 66 del 15.3.2010 "Codice dell'Ordinamento Militare" il quale prescrive che "*l'ufficiale in servizio permanente effettivo, per essere valutato per l'avanzamento, deve ... ... aver compiuto i periodi minimi di comando, di attribuzioni specifiche, di servizio presso enti e reparti ...*"
17 Art. 753 del D. Lgs. n. 66 del 15.3.2010 "Codice dell'Ordinamento Militare".
18 Art. 37 comma 6 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 5 del 6.11.2015.

3. L'accessibilità.

Sino all'anno 2006, termine di vigenza per abrogazione, la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri "Norme Unificate per la Tutela del Segreto di Stato" edizione 1987[19] prevedeva espressamente che dell'avvenuto rilascio del N.O.S. nessuna comunicazione doveva esser fatta all'interessato; inoltre all'epoca, essendo vigente la legge 801/1977 ed essendo obbligatorio apporre agli atti relativi alle abilitazioni di sicurezza la classifica di segretezza, di fatto tali atti erano coperti dal segreto di stato stante l'automatica opposizione cui erano tenuti tutti i pubblici ufficiali[20]. Ciò determinava la sostanziale inaccessibilità anche per l'autorità giudiziaria salvo che il Presidente del Consiglio dei Ministri, appositamente richiesto, non confermasse tale segreto "presunto"; benché la novella legislativa introdotta dalla legge 124/2007 abbia radicalmente modificato l'istituto del segreto di stato, tra l'altro distinguendolo nettamente dalle classifiche di segretezza, ad oggi l'accesso in via amministrativa agli atti relativi al procedimento di diniego del N.O.S. risulta comunque fortemente limitato come di seguito meglio specificato.

L'art. 24 della legge 241/1990 espressamente esclude il diritto di accesso per gli atti che, oltre all'ipotesi del segreto di stato, siano soggetti a forme di segreto o di divieto di divulgazione ed al riguardo occorre sottolineare come -pur nella recente tendenza alla "declassifica" indicata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri- proprio per gli atti riguardanti "*il diniego, la revoca e le altre limitazioni*" al rilascio del N.O.S. il D.P.C.M. n. 7 del 12.6.2009 impone l'adozione della classifica di RISERVATO[21]; ulteriore conferma di ciò è contenuta nell'art. 79 del D.P.C.M. n. 5 del 6.11.2015 che esclude il diritto di accesso agli atti relativi ai "*procedimenti di rilascio, proroga, diniego, sospensione, limitazione o revoca delle abilitazioni di sicurezza.*"

Anche il più recente D.Lgs. n. 33 del 14.3.2013, in materia di cosiddetto "accesso civico", esclude all'art. 5-bis la possibilità di accesso quando vietato a mente dell'art. 24 della legge 241/1990 e più in generale nei casi in cui è vietata la divulgazione.

Procedendo poi nell'esame delle fonti di rango inferiore è opportuno citare tra gli altri:

- l'art. 1048 del D.P.R. n. 90 del 15.3.2010[22] che contiene sia la permanente sottrazione all'accesso per tutti gli atti coperti da classifica di segretezza sia la specifica sottrazione all'accesso per un periodo di 50 anni degli atti relativi alle concessioni dei N.O.S. a prescindere dall'eventuale classifica;
- l'art. 2 del D.M. n. 415 del 10.5.1994[23] che individua tra i documenti inaccessibili gli atti concernenti la concessione dei N.O.S. (o riferibili a situazioni attinenti tale concessione) anche quando non classificati.

A fronte della sostanziale impossibilità per il cittadino, ancorché portatore di interesse, ad esercitare il diritto di accesso resta comunque ora impregiudicata la possibilità per l'autorità giudiziaria di acquisire detta documentazione a mente dell'art. 42 comma 8 della legge n. 124/2007[24]; sul punto

---

[19] Trattasi di direttiva contenuta nella nota pubblicazione PCM-ANS 1/R oggi abrogata ed all'epoca coperta da classifica di segretezza che lo scrivente ritiene di poter liberamente citare in virtù dell'automatica declassifica intercorsa con l'entrata in vigore dell'art. 42 della legge n. 124 del 3.8.2007.

[20] L'art. 15 della legge n. 801 del 24.10.1977 imponeva ai pubblici ufficiali, ai dipendenti pubblici ed agli incaricati di pubblico servizio l'obbligo di astenersi dal deporre e solo ove tale dichiarazione fosse ritenuta infondata l'autorità procedente avrebbe dovuto interpellare il Presidente del Consiglio dei Ministri per l'eventuale conferma del segreto.

[21] Ci si riferisce al D.P.C.M. n. 7 del 12.6.2009 "Determinazione dell'ambito dei singoli livelli di segretezza, dei soggetti con potere di classifica, dei criteri d'individuazione delle materie oggetto di classifica …" ed in particolare alla tabella contenuta nell'allegato D colonna 3 "Materie oggetto della classifica di segretezza RISERVATO".

[22] "Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare", a norma dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005 n. 246".

[23] "Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi", in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990 n. 241, recante "nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto all'accesso ai documenti amministrativi".

[24] Che così recita: "*Qualora l'autorità giudiziaria ordini l'esibizione di documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di stato, gli atti sono consegnati all'autorità giudiziaria richiedente, che ne cura la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia*".

recentemente il Consiglio di Stato è intervenuto in sede consultiva chiarendo che la classifica di segretezza non può giustificare il rifiuto di esibizione di documenti richiesti dall'autorità giudiziaria, ma soltanto giustificare particolari cautele in ordine alla tutela della riservatezza; non è consentito pertanto disattendere l'ordine del giudice di rendere disponibile tale documentazione e - più in generale- non si può negare in via assoluta l'ostensione della documentazione classificata laddove l'accesso si renda necessario per difendere interessi giuridici di chi ne abbia legittimamente titolo[25].

4. La conoscibilità.

A fronte di una simile blindatura ci si potrà chiedere se e in che termini un soggetto, sottoposto al procedimento per il rilascio, possa avere cognizione di tale situazione e soprattutto possa comprenderne l'esito -qualora sfavorevole- ai fini di una tutela giurisdizionale in via amministrativa. Occorre infatti considerare che il procedimento di rilascio non muove da un'istanza del soggetto interessato bensì dall'amministrazione o dal soggetto giuridico di appartenenza e solo a questi ultimi è dovuta la comunicazione finale come già chiarito nel precedente secondo paragrafo[26]; ciò nonostante i privati cittadini debbono essere informati della necessità di essere sottoposti agli accertamenti propedeutici al rilascio di un'abilitazione di sicurezza e prestarne il consenso nella consapevolezza che il suo rifiuto comporta la rinuncia dall'esercizio delle funzioni per le quali il N.O.S. è richiesto[27]; questa modalità, pur non riunendone i requisiti formali, è sostanzialmente equivalente ad una notifica di avvio del procedimento ex art 8 della legge 241/1990 quanto ai fini della conoscenza dell'inizio di un iter abilitativo.
Assai diversa è la posizione del pubblico dipendente per il quale non è richiesta la comunicazione della necessità degli accertamenti nè il consenso alla sottoposizione ai predetti accertamenti; in realtà occorre evidenziare una discrasia tra la legge 124/2007, che richiederebbe per tutti la comunicazione dell'accertamento ammettendo per i soli privati cittadini la possibilità di rifiutarlo, rispetto al D.P.C.M. 5/2015[28] che esclude per i pubblici dipendenti anche la sola comunicazione degli accertamenti. Trattasi verosimilmente[29] della conseguenza di un susseguirsi di norme che nel tempo hanno modificato questo particolare aspetto al fine di evitare che un massiccio ricorso al rifiuto da parte di pubblici dipendenti potesse compromettere la funzionalità delle amministrazioni di appartenenza o di sue articolazioni.
Resta il fatto che i dipendenti pubblici sono esclusi da una qualsivoglia comunicazione formale attinente all'avvio da parte dei soggetti competenti delle procedure per il rilascio di una abilitazione di sicurezza; ciò nonostante per il dipendente accorto dovrebbe rilevare al riguardo la compilazione e sottoscrizione del "foglio notizie" quale documento che, a mente del comma 2° dell'art. 26 del D.P.C.M. 5/2015, va obbligatoriamente allegato alla richiesta che i soggetti legittimati inoltrano agli organi competenti al rilascio del N.O.S.. In tal modo il soggetto interessato potrà sostenere nelle

---

[25] N. 02226/2014 in data 1.7.2014 emesso previa acquisizione tra l'altro dell'avviso della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

[26] Vedasi precedente nota 13.

[27] Combinato disposto di cui agli artt. 9 comma 8° della legge n. 124/2007 e 25 comma 3° del D.P.C.M. n. 5/2015.

[28] Vedasi precedente nota 26.

[29] Nella formulazione originaria, all'atto della pubblicazione nella G.U. n. 187 del 13.8.2007, il comma 8° dell'art. 9 così recitava: "*I soggetti interessati devono essere informati della necessità dell'accertamento nei loro confronti e possono rifiutarlo rinunciando al N.O.S. e all'esercizio delle funzioni per le quali esso è richiesto*", successivamente col D.L. n. 152 del 4.11.2009 (art. 3 comma 7° bis) veniva riformato come segue: "*I soggetti interessati debbono essere informati della necessità dell'accertamento nei loro confronti e, con l'esclusione del personale per il quale il rilascio costituisce condizione necessaria per l'espletamento del servizio istituzionale nel territorio nazionale e all'estero, possono rifiutarlo, rinunciando al N.O.S. e all'esercizio delle funzioni per le quali esso è richiesto*"; quindi integralmente abrogato dal D.Lgs. n. 66 del 15.3.2015 (art. 2268 comma 1° n. 1082) e da ultimo col D.Lgs. n. 20 del 24.2.2012 (art. 10 comma 4) ripristinato nell'attuale previsione: "*I soggetti interessati debbono essere informati della necessità dell'accertamento nei loro confronti e, con l'esclusione del personale per il quale il rilascio costituisce condizione necessaria per l'espletamento del servizio istituzionale nel territorio nazionale e all'estero, possono rifiutarlo, rinunciando al N.O.S. e all'esercizio delle funzioni per le quali esso è richiesto*".

sedi opportune di avere avuto cognizione del procedimento che lo coinvolge per l'accertamento dei requisiti finalizzati al rilascio di un'abilitazione di sicurezza.
Più complessa resta per tutti, dipendenti pubblici e privati cittadini, la possibilità di conoscere l'esito di tale procedimento in quanto la norma esclude espressamente che comunicazione al riguardo venga data agli interessati; anche in questo caso può soccorrerci l'esame di alcuni elementi normativi, che potremmo definire di contorno, utili ad evidenziare l'eventuale rilascio del N.O.S..
Prescrive infatti l'art. 34 del D.P.C.M. 5/2015 che il rilascio del N.O.S. è accompagnato dall'istruzione alla sicurezza a cura del soggetto pubblico o privato che impiega la persona; pertanto se alla sottoscrizione del foglio notizie seguirà -dopo un certo tempo- la sottoposizione all'istruzione l'interessato avrà a quel punto cognizione dell'essere stato abilitato anche perché l'istruzione deve contenere, oltre ad un riepilogo della normativa di settore, l'informazione degli obblighi di comunicazione cui sono tenute tutte le persone in possesso di N.O.S. al verificarsi di talune variazioni della propria situazione personale o famigliare[30].
Davvero di difficile soluzione appare il quesito circa le possibilità di avere cognizione del mancato rilascio potendosi in questo caso far riferimento esclusivamente all'eventuale inerzia del soggetto che ha richiesto l'avvio dell'iter abilitativo di sicurezza, rispetto agli obblighi di istruzione, una volta scaduti i termini massimi di chiusura del procedimento in questione che la norma fissa in 12 mesi prorogabili di un ulteriore semestre[31]; al riguardo però occorre rilevare che, non essendo fissati dei termini per l'effettuazione dell'istruzione, non è possibile definire a priori tempi certi ed inoltre non può escludersi l'ipotesi in cui il procedimento di rilascio venga archiviato per altra causa (diversa posizione d'impiego dell'interessato, mutamento delle mansioni svolte, intercorsa declassifica delle informazioni da trattare).

5. La concreta possibilità di ricorrere.

Per tutto quanto sopra riportato emerge che se da un lato è chiara la legittimità a ricorrere alla tutela giurisdizionale in via amministrativa contro un eventuale provvedimento di diniego, sospensione o limitazione del N.O.S., dall'altro appaiono chiari gli ostacoli che si frappongono all'esercizio di tale tutela; in particolare si rilevano taluni impedimenti quanto all'individuazione dell'atto oggetto dell'eventuale ricorso e del termine entro il quale poter produrre detto ricorso.
Infatti l'art. 40 del D. Lgs. n. 104 del 2.7.2010 "Codice del processo amministrativo" prescrive che il ricorso deve contenere tra l'altro: "*l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza ...*"; benché non si richieda espressamente l'indicazione dell'amministrazione che lo ha emesso né il numero di protocollo, la mancata indicazione dell'atto o comunque l'incertezza assoluta sull'oggetto del ricorso costituisce nullità del ricorso stesso a mente del successivo art. 44; è quindi necessario fornire elementi idonei alla sua identificazione, circostanza che per quanto dinanzi enunciato potrebbe risultare sovente impedita.
Sul punto occorre innanzitutto tener presente che l'onere del deposito dell'atto impugnato incombe principalmente sull'amministrazione a mente dell'art. 46 comma 2° del D. Lgs. n. 104/2010 atteso che la mancata produzione da parte del ricorrente non implica decadenza secondo quanto disposto dal precedente art. 45 comma 4° del medesimo D. Lgs.. In ogni caso la possibilità di pervenire all'acquisizione dell'atto di diniego, sospensione o limitazione del N.O.S. è garantita dalla prescrizione dell'art. 65 comma 3° del Codice del Processo Amministrativo che così recita: "*Ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'art. 46, il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni*".

[30] Art. 35 comma 3° del D.P.C.M. 5/20015.
[31] Vedasi precedente nota 12.

Al riguardo è già stato chiarito al precedente quarto paragrafo che l'eventuale classifica di segretezza apposta non rileva ai fini dell'acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria e nel senso troviamo conferma anche in recente giurisprudenza amministrativa[32].
Parimenti l'art. 41 dispone in ordine alla decorrenza dei termini; sul punto occorre a parere di chi scrive anteporre una premessa per chiarire che, trovandoci di fronte ad un procedimento che per espressa previsione normativa esclude la possibilità della comunicazione dell'esito al soggetto interessato, non può farsi ricorso all'ordinaria disciplina del silenzio. Tale disciplina trova infatti il suo fondamento, per le diverse forme tipiche del silenzio assenso, diniego e rigetto, in un'esplicita previsione normativa che attribuisce specifico effetto all'inerzia dell'amministrazione o, per la forma atipica del silenzio inadempimento, nell'omesso dovere di adempiere[33]; nel nostro caso viceversa per l'amministrazione è esclusa la possibilità di informare l'interessato del provvedimento comunque adottato nei suoi confronti[34] e non è possibile attribuire specifico effetto a tale silenzio, per mancanza di un'espressa previsione normativa, né imputargliene omissione ed è per questo che si ritengono inapplicabili gli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo.
Quanto precede non consente di individuare la decorrenza dei termini stabiliti ordinariamente per il silenzio ai fini della tempestività di un eventuale ricorso contro un negato rilascio di abilitazione di sicurezza personale; occorre pertanto pervenire a fissare tale decorrenza per altre vie.
Senz'altro potrà farsi riferimento - *ex* art. 41 comma 2° del D. Lgs. - al concetto di "piena conoscenza", quale *ultima ratio* laddove non siano previste forme di notificazione o comunicazione; tale piena conoscenza, avuto anche riguardo all'esclusa necessità di individuare l'atto impugnato attraverso i suoi precisi riferimenti protocollari, deve essere ricondotta ad un più blando -seppur fondato- convincimento (addirittura la sola percezione secondo il Consiglio di Stato) circa la sussistenza dell'atto e dei suoi effetti lesivi di interessi legittimi così come da concorde giurisprudenza[35]. Semplificando e riassumendo quanto riportato al precedente quinto paragrafo il ricorrente potrà fare riferimento alla sua sottoscrizione quale data di avvio del procedimento considerando i 18 mesi massimi ammessi dalla norma per la sua conclusione, quindi considerare il tempo entro il quale essere sottoposto all'istruzione in difetto della quale vedere perfezionarsi la piena conoscenza del mancato rilascio del N.O.S.; in assenza di termini fissati normativamente quest'ultimo intervallo temporale può essere legittimamente ricondotto al più generale termine dei 30 gg. stabilito per legge[36] proprio per dare certezza dei tempi di conclusione di un procedimento non diversamente fissati.
Pare pertanto potersi concludere, coerentemente e conformemente all'ordinamento vigente, che il deposito dell'eventuale ricorso dovrà essere presentato al T.A.R competente - a pena di irricevibilità - entro i 60 giorni successivi alla piena conoscenza come dinanzi determinata.

---

[32] T.A.R. del Lazio, sentenza n. 8166 del 15.7.2016 *"... Questo Tribunale con propria ordinanza n. 4179/2016 ha ordinato all'Amministrazione, in parziale accoglimento delle predette istanze istruttorie, di depositare una relazione sui fatti in causa secondo modalità idonee ad assicurare la riservatezza dei dati classificati; ..."*

[33] Voce "Silenzio della pubblica amministrazione" in Enciclopedia Treccani.

[34] Si veda la precedente nota 13.

[35] Da ultimo la sentenza del Consiglio di Stato n. 3825 del 8.9.2016 che nel ribadire come *"... il termine per l'impugnazione di un atto amministrativo per il quale non vi è stata la notificazione o la comunicazione decorre dalla piena conoscenza dello stesso da parte dell'interessato"* successivamente precisando che "*la piena conoscenza coincide con la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidenti la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo da renderne percepibile l'attualità dell'interesse ad agire contro di esso*".

[36] Art. 7 della L. n. 69 del 18.6.2009 comma 2° "*nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni*".

Coordinate teorico-applicative del reato di disobbedienza

Theoretical-applicative coordinates of the crime of disobedience

di Saverio Setti[1]

ABSTRACT: Il reato militare di disobbedienza è una fattispecie che, pur nella apparente semplicità della lettera della legge, presenta rilevanti problemi applicativi, derivanti dalla natura ormai evoluta di disciplina militare. Partendo da un breve inquadramento logico classificatorio, ci si propone di analizzare compiutamente la fattispecie di disobbedienza, con costante attenzione alla prassi applicativa, alla ricerca giurisprudenziale ed all'ermeneutica dottrinale. Infine verrà trattata la tematica della violazione dell'ordine rilevante sotto il profilo disciplinare in un *continuum* di tutela dell'ordine, cardine della comunità militare.[2]

The military offense of disobedience is a case that, despite the apparent simplicity of the letter of the law, submit relevant application problems, arising from the nature now evolved to military discipline. Starting with a short grading classificatory logic, is to analyze thoroughly the offence of disobedience, with constant attention to Praxis, jurisprudential and doctrinal hermeneutic research. Finally be covered the issue of violation of the order relevant to disciplinary action in a continuum of enforcement, mainstay of the military community.

1. Una sistemazione logico-sistematica . 2. La struttura del reato. 3. I rapporti con la tutela disciplinare.

1. Una sistemazione logico-sistematica.

Il reato militare di disobbedienza è, forse, la fattispecie paradigmatica dei delitti contro la disciplina militare.
Ai sensi dell'art. 1346 del d.lgs. 66/2010, la disciplina militare «disciplina del militare è l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano. Essa è regola fondamentale per i cittadini alle armi in quanto costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza».
Rispetto ai previgenti regolamenti militari[3], il nucleo centrale di osservanza della disciplina militare si è spostato dalla assoluta fedeltà alla persona del superiore alla consapevole osservanza delle disposizioni di servizio finalizzate al raggiungimento degli scopi istituzionali delle Forze Armate. La dottrina ha inteso il moderno concetto di disciplina militare come «quel complesso di norme di condotta – costitutive di diritti e doveri – che i militari devono osservare nell'espletamento del servizio e, in limitati casi, anche fuori di esso»[4]. Netto è, dunque, l'abbandono di una commistione tra etica e diritto per il riconoscimento della disciplina come autonomo centro di imputazione di posizioni giuridiche soggettive non solo passive (doveri e soggezioni), ma anche attive (diritti), in un *continuum* dialettico che innerva il servizio. La Corte costituzionale[5] ha provveduto, infatti, ad

---

1 Capitano dell'Esercito laureato in Scienze Strategiche, in Relazioni Internazionali ed in Giurisprudenza.
2 L'articolo è stato sottoposto a revisione di un *referee* anonimo.
3 Particolarmente quello emanato con D.P.R. 31 ottobre 1964.
4 V. GARINO, *Disciplina militare*, NssDI, App., III, 1982.
5 Sent. 17 gennaio 1991, n. 22.

espungere dal sistema di tutela penale della disciplina fatti in cui il legame con le prestazioni di servizio non fosse obiettivamente percepibile.
La disciplina è, allora, meritevole di una appropriata tutela a seconda della grado di lesività che una violazione di questa possa cagionare alla prestazione di servizio. Questo è, infatti, secondo la più moderna dottrina[6], il bene oggetto di tutela che, come si vedrà, si dipana in un crescendo di incisività di sanzioni: dalla consegna, alla consegna di rigore, fino alla risposta penale militare. Proprio per la speciale tutela che il legislatore deve assegnare alla disciplina in un contesto militare, i titoli di reato che essa presidiano formano il più consistente elenco di reati esclusivamente militari, giacché preordinati alla tutela della «coesione» dei singoli appartenenti alle Forze Armate[7].
Parametro ineludibile dei reati contro la disciplina è la presenza di un rapporto di natura gerarchica, da cui deriva il dovere di obbedienza[8]. La posizione di superiorità è, generalmente, attribuita dal grado, secondo la successione tipizzata dagli artt. 628 – 631 del d.lgs. 66/2010. Non infrequente è poi il caso in cui, a parità di grado, un militare eserciti su un altro una posizione di comando[9]. Ebbene la giurisprudenza tutela questa situazione al pari di quella in cui si assiste ad una preminenza di grado[10], con ciò confermando il profilo finalistico di tutela della disciplina quale insieme di norme preordinate al funzionamento della macchina militare e non poste a mera protezione della persona del superiore[11].

2. La struttura del reato.

L'art. 173 del c.p.m.p. sanziona con la reclusione militare fino ad un anno il militare che «omette rifiuta o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore».
Il **bene giuridico** oggetto di protezione penale è il rapporto gerarchico, visto nella accezione sopra descritta, ed estrinsecatosi in un ordine, ovvero una manifestazione di volontà di un superiore avente ad oggetto un obbligo di *facere* o *non facere* di natura militare[12].
Sotto questo profilo è bene distinguere preliminarmente l'ordine dalla consegna, al fine di evitare un concorso con le specifiche fattispecie di cui al titolo II, capo I, sez. II del c.p.m.p.
Prima facie ordine e consegna corrispondono: trattandosi entrambi di una prescrizione obbligatoria cui il militare deve attenersi. Significativamente, tuttavia, la sistemazione all'interno del codice è diversa: nei reati contro il servizio militare si trovano le violazioni della consegna, mentre la disobbedienza è ricompresa nei reati contro la disciplina. In effetti la differenza tra le due incriminazioni va ricercata nella diversità del bene giuridico che tutelano. La consegna, infatti, è stata definita dalla dottrina come un «servizio nel servizio», consistente nell'inserimento del militare in un turno, regolato da «prescrizioni doverose, intessute, talvolta sin nei minimi dettagli, in relazione alle svariate attività demandate al militare e ritenute indispensabili per l'assolvimento del compito delle Forze Armate»[13]. Il turno è, quindi, l'anello logico della catena che unisce l'attività oggettivamente considerata (ed es. il servizio di scorta) e la funzione soggettivamente specifica (ad es. l'effettuazione da parte del singolo della scorta)[14]. La consegna si situa a mezza via tra le

---

6 D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale militare,* Giuffrè, Milano, 2007, p. 323.
7 G. RICHIELLO, Note sulla oggettività giuridica dei reati contro la disciplina militare, in Giust. pen., 1966, II, p. 881.
8 Art. 626, c. 3 del d.lgs. 66/2010.
9 Si pensi, ad es., ad un Tenente posto a comandare una compagnia, avente superiorità gerarchia rispetto ad un Tenente che, nella medesima compagnia, comanda il plotone.
10 *Ex multis* Corte militare d'appello, Roma, 23 febbraio 1983, Rassegna di giustizia militare, 83, 310.
11 Il cit. art. 626, al c. 2 dispone che, a parità di grado e fuori dalle ipotesi di superiorità in comando, l'ordine di precedenza è stabilito in base all'anzianità.
12 Per una più compiuta analisi della fattispecie dell'ordine cfr. S. SETTI, Legge e ordine – dinamica e sviluppo dell'ordine militare: profili fisiologici, problematici ed evolutivi nel vigente ordinamento militare, in Rassegna dell'Esercito, 4/2015, p. 2 e segg..
13 D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale cit.,* p. 261.
14 Cfr. M. STECCANELLA, Abbandono di posto e violazione di consegna nel sistema militare italiano, Giuffrè, Milano, 1964, p. 22.

disposizioni normativo-regolamentari e gli ordini individuali: la consegna, come insieme di istruzioni, preesiste secondo uno schema normativo predisposto, che si soggettivizza nel militare che prende il turno dopo il "passaggio di consegne".
Diverso è il contenuto dell'ordine, che è sganciato da una puntuale ed astratta precostituitone di un obbligo comportamentale, e che si manifesta quale mera volontà del superiore vincolante per i fini della Forza Armata. La fattispecie di cui all'art. 173 c.p.m.p. è, quindi, un chiaro esempio di norma penale in bianco, avendo sanzione determinata (reclusione militare fino ad un anno e fino a cinque nelle ipotesi aggravate), ma precetto generico, specificato da norma di rango inferiore, cioè, in questo caso, da un atto amministrativo[15]. Il problema di compatibilità con in principi di riserva di legge e tassatività nasce nel momento in cui si consideri che raramente un ordine trova diretta giustificazione nel tenore di una legge, ma assai spesso in fonti regolamentari o inferiori.
La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale che ha stabilito la compatibilità costituzionale dell'art. 173 c.p.m.p., nella considerazione che questo «non è una norma penale in bianco, che lasci alla volontà del superiore gerarchico la determinazione della condotta penalmente rilevante, ma è norma che va letta in una con l'art. 52 Cost. e con *l'art. 4 della legge n. 382 del 1978*[16]. Ne consegue che commette il delitto di disobbedienza il militare che viene meno non ad un qualsivoglia ordine impartito dal superiore, ma solo a quell'ordine che sia funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina»[17].
Soggetto attivo del reato è il militare, che riveste questo *status* al momento della commissione del fatto[18]. La fattispecie concreta è applicabile ai militari in servizio alle armi, ai sensi dell'art. 3 c.p.m.p., ed ai militari di fatto, ai sensi dell'art. 6. Non pare applicabile una condotta di disobbedienza ai militari in congedo, giacché ad essi deve preliminarmente essere imposto di rientrare ai reparti e l'inosservanza di questo ordine è sanzionata con le fattispecie di assenza dal servizio ovvero di mancanza alla chiamata[19].
Ulteriore specificazione *ratione personarum* riguarda la necessaria inferiorità in grado rivestita dal soggetto agente, rispetto al soggetto emittente l'ordine violato[20].
Al fine dell'instaurazione di una relazione disciplinare giuridicamente rilevante, non è sufficiente la differenza in grado, ma debbono integrarsi le condizioni stabilite dalla legge per la significatività in materia di disciplina militare. Condizioni, queste, che sono alternativamente disposte dall'art. 1350, c. 2 del d.lgs. 66/2010:
a) svolgere attività di servizio;
b) trovarsi in luoghi militari o comunque destinati al servizio;
c) indossare l'uniforme;
d) qualificarsi in relazione ai compiti di servizio, come militari o rivolgersi ad altri militari in divisa o che si qualificano come tali.

Al di fuori da queste condizioni manca la possibilità di instaurare un rapporto di subordinazione rilevante in senso giuridico. Interessante è, però, notare che tra queste condizioni manca la attuale

---

[15] Problemi assai simili si pongono in merito all'art. 650 c.p., che incrimina l'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità. La Corte costituzionale, investita della questione, ne ha confermato la compatibilità con i principi dell'ordinamento, poiché «la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere col rifiuto cosciente e volontario di osservare un provvedimento dato nelle forme legali dall'autorità [...]. Spetta al giudice indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini "con sufficiente specificazione" le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento», cfr. Sent. 168 del 1971.

[16] La norma risulta abrogata, ed il contenuto precettivo dell'art. 4 è ora approfondito dagli artt. 626 del d.lgs. 66/2010, 715 e 729 del D.P.R. 90/2010 (corsivo dell'Autore).

[17] Ordinanza n. 39 del 2001.

[18] Alla determinazione dello *status* di militare intervengono gli artt. 2, 5, 6 e 11, c. 2 del c.p.m.p. che prevedono situazioni in cui, ai fini della legge penale, risulta in essere la qualifica di militare («o considerato tale»).

[19] Si pensi all'ordine di rientrare violato dal disertore. In questo caso il reato di disobbedienza è assorbito da quello di diserzione.

[20] Non è, invece, richiesto dalla legge un rapporto gerarchico diretto, restando sufficiente la qualificazione soggettiva di superiore e inferiore in grado.

presenza in servizio: si è, in giurisprudenza, ritenuto certamente possibile l'integrazione di un reato di disobbedienza avente quale soggetto agente un militare in licenza ovvero detenuto presso un carcere militare[21].

Oggetto della condotta è l'ordine militare «attinente al servizio o alla disciplina». È ormai unanimemente accettato che l'ordine militare sia un atto amministrativo unilaterale, a forma libera, recettizio e di tipo autoritativo discrezionale idoneo a porre, in capo al ricevente, un obbligo di fare o di non fare[22], senza lasciare al ricevente un sindacato di legittimità. È da sottolineare come, nel nostro sistema costituzionale, non possa più richiedersi al militare una obbedienza «pronta, cieca ed assoluta», anche nella considerazione che il militare di oggi è un soggetto «perfettamente dotato, nell'ambito della propria specifica competenza, di normali strumenti di comprensione della realtà»[23]. L'ordinamento consegna, infatti, al militare uno strumento di controllo della legittimità dell'ordine; l'art. 729, c. 2 impone al militare cui sia impartito un ordine «che non ritiene conforme alle norme in vigore» di «farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni», fermo restando l'obbligo di esecuzione nel caso in cui detto ordine sia confermato. Quest'obbligo conosce un solo limite invalicabile, disposto dal medesimo articolo: il militare cui sia impartito un comando «manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato» è onerato dal dovere di disobbedienza e di rapporto immediato ai superiori in grado[24]. Ovviamente, ferma resta l'attribuzione del fatto di reato a titolo di dolo (in concorso con il superiore) quando il soggetto eseguente si sia rappresentato il carattere illecito dell'ordine, secondo il disposto dell'art. 51, c. 4 c.p. Residua l'ipotesi di attribuzione colposa, che è assai discussa in dottrina[25]. In ogni caso, indicatore efficace del grado della colpa è l'invito a ribadire l'ordine. Parallelamente in caso di omessa esecuzione di un ordine costituente reato non è integrata la disobbedienza; in caso di disobbedienza ad un ordine ritenuto illegittimo potranno escludere la penale responsabilità gli ordinari criteri di imputazione soggettiva inerenti l'errore.

L'oggetto dell'ordine, s'è detto, deve inerire il servizio e la disciplina dunque deve trovare la sua causa all'interno dei fini delle Forze Armate. Nonostante l'ordine non debba essere accompagnato da un apparato motivazione, la prestazione richiesta deve orientarsi finalisticamente alle esigenze di servizio della compagine militare.

Così, ad es., non risponde di disobbedienza il militare che ometta di eseguire l'ordine di partecipare ad una funzione religiosa, nel momento in cui, in elusione del disposto dell'art. 1471 del d.lgs. 66/2010, il superiore voglia far illecitamente coincidere il servizio *sic et simpliciter* con l'atto di culto, infatti «l'art. 173 c.p.m.p. deve essere interpretato in modo coerente con quello che è il bene giuridico tutelato, cioè quello della disciplina militare», per cui «il legislatore penale si rifiuta di tutelare l'obbedienza a ordini stravaganti o extraistituzionali»[26]

Con riferimento alla dimensione temporale può chiedersi fino a quanto un ordine sia produttivo di effetti giuridici. Ebbene, fatti salvi i c.d. ordini a termini, ove il profilo temporale è definito dal comando stesso (es. presentarsi entro una certa ora) e gli ordini che si esauriscono nella propria esecuzione (es. condurre una nave militare all'attracco), normalmente un ordine ha validità temporale indefinita, dunque è possibile integrare una disobbedienza anche quando intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra l'emissione dell'ordine e la violazione di questo. Può, nondimeno, accadere che le circostanze dell'azione mutino a tal punto da rendere evidente all'esecutore che l'ordine non possa più essere eseguito. Trovandosi nella impossibilità di richiedere ordini, il militare dovrà agire d'iniziativa[27], senza che, quindi, possa egli essere rimproverato di

---

[21] Cass., 16 febbraio 1989, Manni, Rassegna di giustizia militare, 90, 272.

[22] S. SETTI, *Legge cit.* e M. RINALDI, *Diritto militare*, Padova, CEDAM, 2011, p. 214.

[23] D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale cit.*, p. 87.

[24] Per grave motivo anche omettendo di risalire la scala gerarchica, ai sensi dell'art. 735, c. 5, *sub b)* e *c)*.

[25] Favorevole all'imputazione colposa è V. GARINO, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, in Dig. Disc. Pen., vol. IV, Torino, 1990, p. 335, contrario D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale cit.*, p. 87.

[26] Trib. Mil. di Verona, sent. 8/2015, 26 febbraio 2015, inedita.

[27] Ai sensi dell'art. 716 del d.lgs. 66/2010.

disobbedienza. Né si è ritenuto, per via giurisprudenziale, di poter qualificare come ordine una disposizione meramente ripetitiva di un obbligo già scaturente dalla legge penale[28].
La **condotta incriminata** ha un significato sempre omissivo, anche quando in realtà il comportamento dell'agente si manifesta fenomenicamente come azione, perché il nucleo centrale di disvalore consiste nella violazione di un dovere di obbedienza, dunque nell'omissione di una doverosa attività.
La prima delle condotte incriminate è l'omissione di obbedienza, ovvero il *non facere quod debetur*, un comportamento opposto rispetto a quello intimato dal superiore in grado. Il reato si consuma nel momento in cui scade il termine per l'esecuzione dell'ordine.
La seconda condotta incrimina il rifiuto di eseguire un ordine, condotta che presenta non pochi profili problematici sul piano ermeneutico. Il primo luogo perché, se formalisticamente considerata, l'incriminazione sarebbe idonea a sanzionare la manifestazione negativa della volontà di esecuzione dell'ordine seguita, tuttavia, dalla sua puntuale e completa esecuzione: situazione, questa, che non lede il fine istituzionale dell'ordine (che viene eseguito) ma, al limite, incrina il prestigio del superiore, il quale, però, per costante giurisprudenza[29] non è oggetto di protezione penale dall'art. 173 c.p.m.p. Non pare, dunque, potersi attribuire penale rilevanza ad una mera manifestazione di volontà negativa in sé solo considerata, poiché a colorare di illiceità la condotta è la violazione dell'imposizione di *facere* o *non facere*, più che un mero atteggiamento del destinatario dell'ordine[30].
Terza condotta incriminata è il ritardo. Questo non rileva negli ordini che stabiliscono di tenere un dato comportamento in uno specifico arco temporale (es. condurre un veicolo militare sul luogo di un arresto entro le ore 17), poiché in tal caso il "ritardo" già integra una omissione consumata. Ove si voglia conservare una significatività penale è necessario ricordare che, ai sensi dell'art. 729, c. 1 del D.P.R. 90/2010, «il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza». Ebbene, come si vedrà meglio *infra* (v. § 3), il significato del ritardo penalmente rilevante deve ricercarsi nell'esecuzione tardiva di un ordine che non presentava una specifica indicazione temporale. Tardiva esecuzione che, per assumere rimproverabilità penale deve, secondo la dottrina, estrinsecarsi in un apprezzabile lasso di tempo tra intimazione dell'ordine e momento della sua esecutività[31].
Da quanto esposto risulta, ormai chiaro, che il vero nucleo centrale di disvalore della condotta sia l'omissione di una prestazione dovuta o la violazione di un dovere di astensione, essendo il ritardo ed il rifiuto specificazioni dell'omissione di obbedienza.
Ecco quindi che la fattispecie in esame, da molti militari considerata punto centrale di tutela del rapporto gerarchico, finisce per recitare un ruolo di tutela ausiliaria del servizio militare[32] in tempo ed in situazione di pace: esso interviene a tutelare tutte le attività militari routinarie, o, per certi versi, secondarie poiché le attività di importanza centrale nella vita dei reparti sono regolati da consegne e tutelati, conseguentemente, con le incriminazioni di violata e forzata consegna.
Ovviamene diversa è la situazione in guerra o di grave crisi, ove la situazione è naturalmente contingente e transeunte e l'ordine rappresenta lo strumento principale per la condotta delle operazioni militari. Naturalmente anche di queste situazioni dovrà genere conto il giudice, ai sensi dell'art. 133 c.p., nella commisurazione della pena.
Interessante è, poi, approfondire la questione in ordine al *quantum* di disobbedienza sufficiente ad integrare la fattispecie penale. Una interpretazione limitata e formalistica della norma potrebbe portare a qualificare come reato ogni minima variazione dal contenuto del precetto impartito dal superiore. Un'applicazione di questo tipo, tuttavia, non solo è evidentemente irragionevole, nella considerazione del fatto che la tutela penale è l'*extrema ratio* punitiva dell'ordinamento, ma

---

[28] Cass. 13 dicembre 1991, Sassola.
[29] Cass. 18 marzo 2003, Poggetti, CP, 04, p. 2017.
[30] CMA di Verona, 7 luglio 1989, Rassegna di giustizia militare, 89, p. 45.
[31] D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale cit.*, p. 356.
[32] Ivi, p. 357.

tradisce lo spirito dell'intero *corpus* di diritto militare, che, come si vedrà *infra* (v. § 3), prevede una netta graduazione delle sanzioni in merito. Impossibile tracciare una netta linea di demarcazione tra disobbedienza punibile disciplinarmente e penalmente, dovendo il giudice verificare caso per caso il concreto contenuto offensivo della condotta. D'altra parte è, però, possibile affermare che la violazione delle sole modalità di esecuzione dell'ordine ovvero la violazione di disposizioni evidentemente ancillari, serventi o assolutamente secondarie all'ordine non potrebbe integrare una disobbedienza. Così, ad es., non potrebbe punirsi per il reato in esame il militare cui venga ordinato di inviare ad un superiore un documento informatico e proceda all'invio a mezzo di indirizzo di posta elettronica commerciale e non istituzionale. Irrilevante, ai fini penali, è, altresì una esecuzione materiale dell'ordine accompagnata da atteggiamento di indolenza e noncuranza[33].

E bene notare che la condotta di disobbedienza non deve accompagnarsi ad atteggiamenti o comportamenti aggressivi verso il superiore emittente, poiché queste situazioni muterebbero il titolo di reato nelle previste fattispecie dell'insubordinazione con violenza, minaccia ed ingiuria.

Nel caso in cui la disobbedienza sia posta in essere da una pluralità di soggetti attivi («militari [...] riuniti in un numero di quattro o più», *ex* art. 174 c.p.m.p.), possono integrarsi i reati di rivolta ed ammutinamento.

L'**elemento soggettivo** è il dolo generico[34], ovvero la coscienza e volontà di violare un ordine e la consapevolezza che sia attinente al servizio ed alla disciplina[35]. Oggetto del dolo deve essere anche l'estrinsecazione materiale dell'ordine, che ha un contenuto autoritativo anche se espresso con buon tratto ovvero con gentile richiesta[36]. La Corte di Cassazione ha, in merito, chiarito che «deve apparire oggettivamente che si tratti di ordine attinente al servizio, in relazione a tutti gli elementi circostanziali, di tal che siffatta coscienza e volontà diretta al rifiuto si appalesi essersi formata nella piena consapevolezza della ribellione funzionale che - per costituire reato - deve caratterizzare il rifiuto»[37]. Irrilevante la sua forma, poiché atto amministrativo a forma libera, esso deve però differenziarsi da un consiglio, da una opinione, da una valutazione o, anche, da una mesa esortazione che lascia un apprezzabile contenuto di discrezionalità non solo sull'*an* ma anche sul *quantum* di esigibilità del comportamento esortato.

Il codice prevede per la disobbedienza due circostanze **aggravanti speciali**: a) la commissione in servizio, ovvero a bordo di una nave o di un aeromobile; b) la commissione in occasione d'incendio o epidemia o in altra circostanza di grave pericolo.

La prima aggravante, che diversamente dalla fattispecie base prevede un minimo di sei mesi di reclusione militare, è finalizzata alla protezione delle attività militare specifica in corso di svolgimento. Per «servizio» deve intendersi la posizione del militare che, in orario di servizio ovvero al di fuori di esso a seguito di disposizione superiore, attiene alle sue mansioni lavorative. Nonostante la maggior parte delle condotte di disobbedienza è ipotizzabile in servizio, l'aggravante in discorso è utile nella considerazione che è certamente possibile il realizzarsi di violazioni dell'art. 173 c.p.m.p. da militare non in servizio. Si pensi, ad es. al caso di militare che, trovandosi in posizione di licenza di convalescenza, al di fuori dell'orario di servizio si reca in caserma per conferire con il Comandante di corpo e viola l'ordine impartito dall'Ufficiale d'ispezione di non entrare nell'ufficio del Comandante e di presentare regolare istanza di conferimento[38]. Con riguardo alla «nave» ed all'«aeromobile» deve ritenersi che il legislatore sottintenda il carattere militare di questi apparecchi, altrimenti mancherebbe di senso l'aggravare la sanzione di chi disobbedisce al di fuori del servizio trovandosi, ad es., nel bar di una crociera rispetto a chi commetta la medesima disobbedienza in un bar sulla terraferma.

---

[33] CMA di Verona, 7 ottobre 1993, Maffeis, Rassegna di giustizia militare, 93, p. 359.
[34] Cass. Sez. 1, n.735 del 02.12.1997, Sartori rv. 209447.
[35] Cfr. *ex multis* Cass. Sez. 1 sent. n.11725 del 21.9.1999, Rv.214288, e sent. n.19423 del 5.5.2008, Rv.240285.
[36] Tribunale supremo militare, 22 aprile 1952, Serafini, AP, 53, vol. II, p. 268.
[37] Sent. 798 del 13.06.2014; Racc. Gen. Corte Cass. n. 28232/14.
[38] Trib. Mil. Verona, sent. 74/2016 del 13 dicembre 2016, inedita.

La *ratio* della seconda aggravante, di cui è riflesso il severo trattamento sanzionatorio, è punire il militare che disobbedisca in una obiettiva situazione in cui chi ha il dovere giuridico di esporsi al pericolo deve scrupolosamente attenersi alle indicazioni dei superiori. Si conferma, quindi, la più volte ricordata asserzione secondo cui il vero oggetto di tutela dell'incriminazione qui in analisi è rappresentato dal buon funzionamento della macchina militare. Questa aggravanti, infatti, prescinde da ogni considerazione soggettiva dell'agente, essendo sufficiente la commissione in occasione di «incendio o epidemia o in altra circostanza di grave pericolo», quest'ultima da valutarsi caso per caso da parte del giudice, ma si crede integrata in tutti i casi in cui il militare disobbedisca in situazione di rischio in operazione fuori area. Questa aggravante speciale ben può concorrere con l'aggravante comune di cui all'art. 47, c. 1 c.p.m.p. (aver agito per il timore di un pericolo), perché l'aggravante speciale richiede il verificarsi obiettivo di una situazione di pericolo, mentre quella comune riguarda il motivo a delinquere. Chi scrive ritiene, invece, possibile affermare l'inapplicabilità dell'aggravante comune di cui all'art. 61, c. 9 c.p. che può essere assorbita dalle aggravanti del codice militare, in coerenza con il disposto dell'art. 68 c.p.
Complessa è la configurabilità del **tentativo**, trattandosi un reato di mera condotta normalmente unisussistente.
Secondo una parte della giurisprudenza «e giuridicamente configurabile il tentativo anche per i delitti c.d. unisussistenti, cioè quelli che *unico actu perficiuntur*, con la sola avvertenza che non può trattarsi di tentativo incompiuto, postulando questo l'interruzione dell'attività esecutiva volta alla realizzazione dell'evento, ma deve necessariamente trattarsi di tentativo compiuto»[39]
La dottrina prevalente ammette il tentativo anche per i reati omissivi propri, come la disobbedienza, con riferimento ai casi in cui, già prima della scadenza del termine o in concomitanza con esso, vengano compiuti atti idonei diretti in modo non equivoco a rendere impossibile l'adempimento dell'obbligo dalla cui violazione dipende la consumazione del reato[40]. Si prenda, ad es., il caso del carabiniere di pattuglia in autovettura sorpreso mentre sta per deviare dal percorso di sorveglianza ordinatogli, azionando l'indicatore di direzione.
Nella concreta prassi applicativa della vita dei reparti si tratta di una ipotesi assai remota, la cui punizione penale, a parere di chi scrive, comporterebbe un'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità, perché il pericolo cui è esposto il bene giuridico oggetto di protezione è assai esiguo.
In conclusione, al fine di inquadrare la disobbedienza all'interno dei criteri classificatori della **teoria generale del reato**, la fattispecie di reato militare di disobbedienza è:
- *un delitto*, in quanto sanzionato con la reclusione militare;
- *omissivo*, poiché consiste nella violazione di un obbligo giuridico;
- *proprio di pura condotta*, poiché consiste nel mancato compimento dell'azione comandata da parte del militare; non occorre, pertanto, alcun evento materiale;
- *a forma libera,* non occorrendo particolari modalità per porre in essere la condotta punibile;
- *esclusivamente militare* (dunque *monoffensivo*), in quanto volto a tutelare esclusivamente la disciplina militare;
- *unisussistente*, poiché si perfeziona in un unico atto.

3. I rapporti con la tutela disciplinare.

L'art. 173 del c.p.m.p. sanziona la inosservanza di un ordine penalmente valutabile, quindi rappresenta l'estrema pretesa punitiva dell'ordinamento.
Il complesso del diritto militare prevede un sistema di tutela crescente dell'ordine, che inizia a livello regolamentare con il disposto dell'art. 729 del D.P.R. 90/2010, secondo cui la disposizione del superiore deve essere eseguita con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza. La medesima

---

[39] Cass., sez. I, 20 novembre 1997, Savarise m. 209372.
[40] G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale parte generale,* Zanichelli, Bologna, 2001, p. 579, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 468, S. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 524

norma vieta al militare eseguente di dilungarsi in osservazioni, «tranne quelle eventualmente necessarie per la corretta esecuzione di quanto ordinato» ed impone di obbedire all'ordine ricevuto da un superiore dal quale il militare non dipende direttamente, informandone quanto prima il superiore diretto.
La violazione di queste disposizioni, ai sensi dell'art. 1352 del d.lgs. 66/2010, costituisce un illecito disciplinare, punibile con sanzione di corpo diversa dalla consegna di rigore[41].
Non è una disobbedienza, ma una infrazione amministrativa, la condotta del militare che, per tornare ad un esempio su esposto, manifesti mera volontà negativa di ottemperare all'ordine seguita dalla sua immediata esecuzione. Questo comportamento viola, infatti, il disposto dell'art. 729, c. 1 *sub a*) («astenersi da ogni osservazione»).
Parimenti non integra il reato, come detto, ma una violazione disciplinare la esecuzione indolente dell'ordine (poiché viola il dovere di esecuzione «con senso di responsabilità»); né può parlarsi di disobbedienza nel caso in cui il militare si presenti all'effettuazione di un servizio ordinato con una uniforme diversa da quella prevista delle disposizioni del servizio.
Con il crescere del livello di tutela ed il conseguente aggravamento della risposta sanzionatoria alla consegna di rigore[42], la condotta violatrice è tipizzata come «negligenza o imprudenza o ritardo nell'esecuzione di un ordine o nell'espletamento di un servizio secondo le modalità prescritte» (art. 751, c. 1, *sub a),* n. 22 del D.P.R. 90/2010). Come è evidente dal confronto con la condotta di cui all'art. 729 ult. cit. vi è un netto aggravamento dei comportamenti
Diverso è, infatti, eseguire un ordine mancando di «esattezza», ovvero omettendo di usare tutte le cautele necessarie in ogni aspetto (anche marginale) del comportamento ordinato, ed eseguire un ordine con «negligenza», ovvero omettendo di usare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico non solo in aspetti secondari, ma strutturali della prestazione imposta. L'imperizia che deve caratterizzare la violazione punita con la consegna di rigore si estrinseca in inescusabile mancanza di attenzione a taluni aspetti centrali della prestazione richiesta, tale da compromettere la piena e completa realizzazione dell'oggetto dell'ordine secondo le istruzioni del soggetto emittente e secondo i regolamenti. Il compito, in altre parole, è assolto (diversamente sarebbe integrato il reato di disobbedienza), ma la condotta (ed eventualmente il risultato di questa) si presentano nettamente al di sotto dell'ordinaria prestazione dell'agente modello per causa imputabile alla indolenza dell'esecutore.
L'imprudenza, in questo contesto, è definibile come l'insufficiente ponderazione di ciò che il militare che esegue l'ordine è in grado di fare ovvero come una violazione di una regola di condotta, codificata o lasciata al giudizio del singolo esecutore.
Dall'analisi di questa disposizione sembra emergere una fattispecie di disobbedienza colposa, soprattutto in considerazione del fatto che l'endiadi «negligenza o imprudenza» paiono richiamare il dato letterale dell'art. 43, c. 3 del cp. Pare, quindi, potersi concludere che il *corpus* di norme militari punisce con la reclusione militare la disobbedienza dolosa e con la consegna di rigore (la sanzione disciplinare più afflittiva) la disobbedienza colposa.
La questione più complessa sembra, però, riguardare la dilazione temporale dell'esecuzione dell'ordine, che necessita di precisa individuazione onde poter valutare il parametro sanzionatorio di riferimento.
L'ordine eseguito senza «prontezza», infatti, viola il disposto dell'art. 729 e comporta una sanzione variabile dal richiamo alla consegna. Orbene, nella concreta prassi applicativa dei reparti si può intendere con prontezza l'esecuzione dell'ordine immediata, ovvero che non lasci trascorrere un rilevante lasso temporale tra il momento in cui insorge l'obbligo della prestazione ed il momento in cui questa venga posta in esecuzione[43].

---

[41] Ovvero, alternativamente, con il richiamo (art. 1359 del d.lgs. 66/2010), il rimprovero (art. 1360) o la consegna (art. 1362).
[42] Cfr. art. 1362 del d.lgs. 66/2010.
[43] Restando ovviamente inconcepibile un ritardo su un ordine di *non facere*.

Maggiori problemi definitori emergono dal confronto tra la fattispecie che prevede la consegna di rigore e l'incriminazione, poiché in entrambi i casi è punito il «ritardo». Si tratta di un *deficit* di tassatività assai rilevante, soprattutto in considerazione che, per altre fattispecie (quali le assenze dal servizio) è precisamente indicata una misura del ritardo per ogni soglia di punibilità[44]. La soluzione della questione deve, dunque, emergere dalla giurisprudenza e dall'analisi della lesività al servizio ed alla disciplina in concreto arrecata dal ritardo di esecuzione.
Come sopra argomentato, si può considerare quale parametro dirimente della pretesa punitiva penale, secondo le indicazione della Corte costituzionale, la effettiva portata lesiva che il ritardo ha arrecato al «corretto funzionamento dell'apparato militare, in vista del conseguimento dei suoi fini istituzionali».
In tema di ritardo di esecuzione dell'ordine, dunque, può così riassumersi la crescente tutela:

- ritardo che non lascia intercorrere un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione: sanzione disciplinare diversa dalla consegna di rigore per violazione dell'art. 729 del D.P.R. 90/2010;
- ritardo che si manifesti in un rilevante lasso di tempo tra ordine ed esecuzione, ma inidoneo a offendere l'ordinato svolgersi delle funzioni di servizio: sanzione di consegna di rigore per violazione dell'art. art. 751, c. 1, *sub a),* n. 22 del D.P.R. 90/2010;
- ritardo che si manifesti in un rilevante lasso di tempo tra ordine ed esecuzione, idoneo anche astrattamente ad offendere l'ordinato svolgersi delle funzioni di servizio: sanzione penale per violazione dell'art. 173 c.p.m.p..

In conclusione si deve rilevare come sia concretamente possibile che una condotta qualificata come disobbedienza ai sensi dell'art. 173 c.p.m.p. sia, nondimeno, impossibile da sanzionare penalmente in seguito di declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui al nuovo art. 131 *bis* c.p.[45].
La condotta di reato accertata non resta, comunque, priva di risposta sanzionatoria, poiché, la sentenza irrevocabile ha efficacia di giudicato nei giudizi per responsabilità disciplinare quanto all'accertamento della sussistenza del fatto e della sua illiceità penale.
Pertanto l'amministrazione della Difesa procede all'analisi degli elementi di valutazione del giudicato penale ai fini disciplinari, per procedere ad irrogare una sanzione di stato[46] ovvero una sanzione di corpo, ove ne ricorressero i presupposti.

---

[44] Il ritardo di 8 ore è sanzionabile con la consegna di rigore (*ex* art. 751, c. 1, *sub a)*, n. 31), il ritardo compreso tra uno e quattro giorni costituisce allontanamento illecito (art. 147 c.p.m.p.) mentre l'assenza pari o superiore a cinque giorni è diserzione (art. 148 c.p.m.p.).

[45] Introdotto dall'art. 1 del d.lgs. 28/2015.

[46] Ovvero la sospensione disciplinare dall'impiego o dalle funzioni del grado per un periodo da uno a dodici mesi, la perdita del grado per rimozione, la cessazione dalla ferma o dalla rafferma (*ex* art. 1357 del d.lgs. 66/2010).

Il reato di abuso d'ufficio

The crime of abuse of office

di Walter Mitola Petruzzelli

ABSTRACT: Con il presente scritto s'è preso spunto da due recenti sentenze della Corte di Cassazione - Sezione III: la n. 33043 in data 8 marzo 2016 e la n. 31865 in data 17 marzo 2016, in tema di abuso di ufficio. La prima afferma che la prova del dolo intenzionale non richiede l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire in quanto l'intenzionalità del vantaggio ben può prescindere dalla volontà di favorire specificamente quel privato interessato alla singola vicenda amministrativa, mentre la seconda stabilisce che in tale reato, l'elemento psicologico del dolo sussiste ogni qualvolta l'ingiusto vantaggio proprio o altrui, ovvero l'ingiusto danno altrui, siano stati rappresentati e voluti dall'agente come obiettivo primario della propria condotta. L'obiettivo che sommessamente ci si è posti è quello di procedere sistematicamente ad un'analisi evolutiva del sempreverde reato di abuso di ufficio alla luce di consolidata giurisprudenza ed autorevole dottrina.

This essay is based on two recent judgments of the Court of Cassation - Section III: no. 33043 on March 8, 2016 and no. 31865 on March 17, 2016, concerning abuse of office. The first argues that the intentional intentional test does not require the collusive agreement with the person to be promoted as the intentionality of the benefit can well depart from the will to specifically favor the individual interested in the single administrative affair, while second, states that in this offense the psychological element of the dole exists whenever the unjust advantage of one's own or others, or the unjustified harm of others, have been represented and desired by the agent as the primary objective of his conduct. The goal that has softly set itself is to proceed systematically to an evolutionary analysis of the everlasting offense of abuse of office in the light of established jurisprudence and authoritative doctrine.

1. Premessa. 2. Evoluzione storica. 3. Profili di comparazione internazionale. 4. Profili di costituzionalità. 5. Il soggetto del delitto e la sua condotta. 6. Il sindacato penale e l'abuso d'ufficio. 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Il delitto di abuso d'ufficio è nella sua attuale formulazione, il risultato di una stratificazione e travagliata vicenda legislativa che ha sempre avuto l'obiettivo di incardinarsi nella complessa e articolata materia dei delitti contro la pubblica amministrazione (Libro II-Titolo II). Specificatamente la fattispecie ha natura residuale, essendo configurabile quando il fatto non costituisce più grave reato; nell'ambito della materia che occupa, entra in gioco quando, al di fuori delle ipotesi di accordo corruttivo, nonché di coazione o di indebita pressione posta in essere ai danni del privato da parte del pubblico agente, quest'ultimo interferisce indebitamente nel suo diuturno agire, violando la legge o il dovere di astensione.

Art. 323 c.p. – Abuso d'ufficio

1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto

vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni .
2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

Nel corso della storia repubblicana il reato ha subito due importanti modifiche normative, una nell'ambito della riforma del 1990 ed una ad opera della l. 234/1997[1].
Nella *ratio* del codice Rocco, veniva anzitutto in rilievo l'obbligo di fedeltà del pubblico ufficiale nei confronti dello Stato[2], principio poi divenuto costituzionale che avrebbe compromesso la credibilità e l'efficacia della funzione pubblica nonché il vincolo di solidarietà sociale che è insito nel concetto di cittadinanza, obbligo in violazione del quale si configurava come conseguenza la lesione del rapporto organico di fiducia (principio di causalità di tipo tecnico, non naturalistico)[3], più in generale la norma aveva carattere esplicitamente residuale[4] e si affiancava ad altre fattispecie, tra cui in particolare quella dell'art. 324 c.p.[5].
E' d'uopo sottolineare un concetto basilare e *vulnus* della disamina che è quello che i funzionari pubblici si distinguono dagli altri lavoratori in quanto sono chiamati a perseguire l'interesse pubblico indicato dall'ordinamento giuridico e non quello indicato dal proprio datore di lavoro, osservando perciò regole costituzionali specifiche quali il buon andamento e l'imparzialità (art. 97, I c., Cost.) come modalità d'esercizio delle funzioni pubbliche e che richiedono una particolare professionalità per assicurare la qualità delle prestazioni verso i cittadini. Si sancisce così un principio costituzionale capace di integrare e caratterizzare ogni ulteriore obbligo enunciato in norme legislative o regolamentari, in un contratto o nel giuramento e che individua una "fedeltà qualificata" alla quale i pubblici funzionari non possono sottrarsi[6].
In un'ottica riformatrice con la l. 86/1990, il legislatore – oltre ad ampliare il novero dei soggetti punibili includendovi l'incaricato di pubblico servizio – aveva tentato di descrivere la fattispecie in modo da farne la norma cardine del sistema di tutela penale della pubblica amministrazione[7].
Negli anni successivi la prassi aveva tuttavia visto ampie incursioni dei giudici penali in ambiti che avrebbero dovuto restare riservati alla p.a., con la conseguenza che l'indagine penale per abuso

---

1 L. M. SCOMPARIN nel corso del Master di II livello in Strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici Università degli Studi Torino - Dipartimento di Management: corso integrato 8 - "Il disegno di strategie di public procurement per ridurre il rischio di collusione in gara." - Modulo I, "Appalti pubblici e fattispecie di reato".

2 A. GERMI, Art. 323 del codice penale: il reato di abuso d'ufficio, Ficiesse.it, 2007, 22, http://www.ficiesse.it/public/pdf_rivista/200607_83.pdf.

3 L. TRISOLINO, L'abuso d'ufficio: analisi critica della fattispecie nella visione ordinamentale, Le guide di Filodiritto, https://www.filodiritto.com/documenti/2016/trisolino_abuso_dufficio.pdf.

4 Il testo dell'art. 323 c.p. prima della riforma del 1990 recitava: *«Abuso d'ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge – Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni».*

5 L'art. 324 c.p. era così formulato: *«Interesse privato in atti di ufficio - Il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni».*

6 G. M. RACCA – R. CAVALLO PERIN, Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty, in G. M. RACCA – C. R. YUKINS (a cura di) Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally, Bruylant, Bruxelles, 2014, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2461594.

7 Questo il testo dell'art. 323 come modificato dalla l. 86/1990: *«Abuso d'ufficio. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».*

d'ufficio era vista come una "spada di Damocle" idonea a paralizzare o quantomeno frenare il funzionamento della p.a.[8]

Con la riforma operata con la l. 6 luglio 1997, n. 234 l'obiettivo che s'è posto il legislatore è stato quello di ritentare una limitazione del controllo penale sull'attività dei pubblici amministratori e di descrivere quindi con maggior precisione rispetto al 1990 i confini della fattispecie. Così, si è modificata la struttura del reato, rendendo necessaria la produzione effettiva del vantaggio o del danno e specificandone la natura patrimoniale.

In ultimo, sotto la spinta dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che qualche anno prima aveva approvato la *United Nations Convention against Corruption* con risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003, è stata promulgata la legge n. 190/2012 norma sistematica in materia anti corruttiva che fa leva su due perni: centralità delle politiche di prevenzione e trasparenza come strumento principe della loro realizzazione ma, che specificatamente per il reato prescritto dal 323 c.p. ha innalzato il massimo della pena da tre a quattro anni. Nel 1997, il limite edittale massimo era stato abbassato da cinque a tre anni proprio per evitare la possibilità di applicazione della custodia cautelare in carcere, ma la riduzione sanzionatoria – oltre ad apparire eccessivamente blanda nei casi più gravi – aveva comportato anche una netta riduzione dei termini prescrizionali, con un notevole indebolimento della tutela penale.

Nella fattispecie di che trattasi il bene protetto è individuato nel buon andamento e nell'imparzialità della p.a. Il reato tuttavia secondo l'opinione prevalente è plurioffensivo[9], in quanto certamente la norma mira a tutelare anche l'interesse del privato a non vedersi danneggiato ingiustamente da atti arbitrari del pubblico funzionario.

L'abuso penalmente rilevante[10], anche nella formulazione attuale, è dunque ontologicamente legato all'eccesso o sviamento di potere, e alla possibilità di un controllo su di esso da parte del giudice penale[11]. In tal caso, il giudice penale non valuta se l'atto abbia raggiunto nel modo migliore il fine pubblico che la legge gli assegna, ovvero se una diversa scelta sarebbe stata, a suo parere, più conveniente e idonea (questo sarebbe un entrare nel merito dell'atto); rileva che il potere discrezionale non è stato affatto esercitato, che il funzionario ha violato le regole che lo disciplinano, i limiti entro i quali poteva legittimamente esercitarlo. Il pubblico funzionario, in effetti, non è chiamato a rispondere della violazione di legge in sé (anche se si tratti della violazione di una norma legislativa o regolamentare precisa e dettagliata, cioè specificamente mirata ad inibire o prescrivere la condotta del soggetto pubblico)[12]: è lo sviamento di potere l'esercizio di un potere

---

[8] F. PRETE, Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi, in Diritto Penale Contemporaneo, http://www.penalecontemporaneo.it/d/2408-il-sindacato-del-giudice-penale-sugli-atti-amministrativi-nell-abuso-d-ufficio-e-nei-reati-edilizi . Anche in merito all'argomento A. MERLI, Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio, in Diritto Penale Contemporaneo, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353058964MERLI%202012a.pdf .

[9] Una delle più significative è la sentenza Cass. Pen., Sez. VI, 19.1.2016, n. 5746, anche se il concetto è oramai consolidatosi tra i togati cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 18.1.2011, n. 1231; Cass. Pen., Sez. VI, 10.4.2008, n. 17642; Cass. Pen., Sez. VI, 7.1.2008, n. 329; Cass. Pen., Sez. VI, 22.3.2006, n. 20399; Cass. Pen., Sez. VI, 10.3.2003, n. 19019. In dottrina di particolare rilievo in merito: BENUSSI, Il nuovo delitto di abuso di ufficio, Padova, 1998, 52; nello stesso senso, implicitamente, G. A. DE FRANCESCO, La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale, in La riforma dell'abuso d'ufficio, Atti della prima Giornata di Studio, Lucca, 29.11.1997, Milano, 2000, 67 e, in riferimento alla sola ipotesi di danno, Segreto, De Luca, 488.

[10] A. MERLI, Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio di, in Diritto Penale Contemporaneo, http://www.penalecontemporaneo.it/d/1874-il-controllo-di-legalita-dell-azione-amministrativa-e-l-abuso-d-ufficio .

[11] Nel senso che l'abuso di potere in un atto discrezionale si traduce sempre in un atto viziato da eccesso di potere, in quanto l'abuso di potere in un atto discrezionale comporta sempre uno sviamento di potere dalla causa tipica dell'atto, cfr. A. PAGLIARO, *Principi*, *p.s.*, cit, p. 244.

[12] Non interessa qui tanto puntualizzare i confini formali e contenutistici delle "norme di legge" nella cui violazione si sostanzia l'abuso penalmente rilevante: compito, questo, la cui urgenza è stata peraltro immediatamente avvertita in dottrina, la quale ha messo in rilievo che, avendo la 'norma di legge' il compito di specificare e di chiarire la parte precettiva dell'art. 323, indicando il comportamento che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio deve tenere od omettere, la stessa dovrà presentarsi formulata in modo tale da rispettare i parametri di

che contrasta con il fine e la giustificazione dell'atto, il nucleo essenziale di ogni possibile abuso penalmente apprezzabile[13]. Questa (tradizionale) ricostruzione della condotta di abuso, come abuso funzionale, come distanza tra fini normativamente predisposti e fini realmente conseguiti, continua a essere recepita, nella sostanza, nell'ultima formulazione del reato. A ben vedere, perciò, fino ad oggi, la formula che pone dei confini più definiti all'illecito penale, e sembra più idonea a tipizzare adeguatamente il disvalore sostanziale dell'abuso, evitando di incentrarlo in via esclusiva sulla illegalità formale dell'atto[14], è proprio la storica dizione di "abuso d'ufficio"[15], inteso come esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale, come uso strumentale della funzione pubblica; ossia, appunto, come eccesso o sviamento di potere, che la dottrina ha sempre considerato il nucleo essenziale dell'abuso punibile, incentrandone l'essenza nell'uso distorto dei pubblici poteri, o arbitrario non uso. Di essa ne è rimasta traccia solo nella rubrica, quale mero *nomen iuris,* malgrado si tratti di un elemento che riveste una evidente e persino dirompente rilevanza interpretativa.

Per questo delitto la condotta ha come presupposto lo svolgimento delle funzioni o del servizio e si articola in due modalità alternative. La prima consiste in una violazione di legge o di regolamento e mira ad evitare che l'abuso di ufficio possa essere ravvisato in ipotesi di semplice eccesso o sviamento di potere (dunque sindacando le scelte discrezionali della p.a.), anche se il riferimento a qualunque legge o regolamento potrebbe condurre ad interpretazioni eccessivamente estensive (sanzionando ad esempio semplici irregolarità formali). Secondo l'opinione prevalente, inoltre, l'art. 323 è una norma penale parzialmente in bianco[16], dal momento che il suo contenuto deve di volta in volta essere ricavato dalla normativa di settore, ove la condotta di chi procura il danno o il vantaggio rileva in quanto inosservante di obblighi giuridici di comportamento o di astensione. Su tutte si può ricordare la famosa sentenza Borgia[17], in tema di violazioni delle prescrizioni previste dall'art. 20 lett. a) L. 47/1985, seguendo un percorso argomentativo che s'è dimostrato ispiratore di un approccio che negli anni s'è fortemente e convintamente consolidato. La Corte scrisse: *«Al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia), ma – nell'esercizio della potestà penale – è tenuto ad accertare la*

---

determinatezza, tassatività e precisione propri di una vera e propria disposizione penale, pertanto dovrà essere contenutisticamente conforme ad un autentico precetto, non potendo essere caratterizzata da un *minus* di precisione rispetto ai normali canoni di strutturazione interna dello stesso (cfr., ad es., G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol I, cit., p. 246 ss; G. A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio*, cit., p. 1634; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., p. 240 ss.; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto*, cit., p. 1252 ss. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, N. TOSCHES, in Cass. pen., 1998, p. 2332 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge*, cit., p. 258 ss; interessa, piuttosto, sottolineare la non sovrapponibilità della locuzione "violazione di legge", adottata dall'art. 323 per indicare il comportamento che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico esercizio deve tenere od omettere, con il vizio di violazione di legge dell'atto amministrativo: interessa insomma sottolineare che la condotta posta in essere "in violazione di norme di legge o di regolamento" non equivale, di per sé, all'esercizio arbitrario e strumentale dei poteri, non assume un valore sostanziale sul piano degli interessi protetti, altrimenti ogni atto amministrativo illegittimo per violazione di legge integrerebbe gli estremi dell'abuso punibile, laddove, invece, un provvedimento che appare viziato per contrasto con una norma potrebbe essere valutato positivamente per avere osservato i principi di efficienza ed economicità.

[13] T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, cit., p. 90.

[14] Nel senso che l'esclusione dell'eccesso di potere comporterebbe una ingiustificata restrizione dell'area del penalmente rilevante e che "enfatizzando in via esclusiva la legalità formale, il premio va al fariseo e la sanzione al pubblicano", T. PADOVANI, *Commento*, cit., p. 747.

[15] Nel senso che il concetto di abuso di ufficio è l'unico comportamento che produce un vero e proprio abuso-strumentalizzazione dell'ufficio, cfr. I. CARACCIOLI, *Abuso d'ufficio*, cit., 233.

[16] A. MANNA, Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale, Torino, 2004, 38. Contrari a questa concezione C. BENUSSI, I delitti, 565, il quale, peraltro, non sembra tenere conto all'interno della categoria delle leggi penali in bianco del duplice sottoinsieme delle disposizioni a forma "chiusa" e "aperta", rispetto alle quali, nella letteratura italiana, cfr. M. ROMANO, Repressione della condotta antisindacale. Profili penali, Milano, 1974, 150.

[17] Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia, in C.E.D. Cass. n. 195358.

conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguenda o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela [...]. In considerazione dell'enunciato principio, non può ritenersi che, sussistendo l'accertata aporia dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale debba ugualmente concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stata rilasciata la concessione edilizia, la quale nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera realizzanda senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici». E poiché quella che prevede il reato edilizio è una norma penale in bianco, non il solo permesso di costruire, ma l'intero quadro normativo, primario e secondario, contribuisce a fornire il parametro normativo rispetto al quale il giudice deve valutare la regolarità dell'opera[18].
D'altra parte, si osserva che il medesimo riferimento alla violazione di legge può anche condurre ad interpretazioni eccessivamente restrittive, in quanto oggi l'amministrazione non deve più solo osservare la legge nell'effettuare le proprie scelte, ma deve osservare altri parametri come l'economicità e l'efficacia.
La seconda modalità di commissione dell'illecito consiste nella mancata astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto. Si tratta di una nozione ampia, che fa riferimento non al mero interesse economico ma anche a quello morale o affettivo, anche in assenza di una fonte scritta che sancisca l'obbligo di astenersi.
Dopo il 1997 il reato è divenuto un reato d'evento, nel senso che non basta più agire per avvantaggiare o danneggiare qualcuno: occorre l'effettiva produzione di un vantaggio o di un danno ingiusto. Il tutto in una connotazione che effettivamente viene a radicarsi con un dolo intenzionale, previsto per l'appunto dalla norma incriminatrice, che richiede la rappresentazione e volizione dell'evento come conseguenza diretta e immediata della condotta dell'agente e come obiettivo primario da costui perseguito, ultima tra tutte e la più significativa la sentenza Cass. pen., Sez. III, 17.3.2016, n. 31865[19]. Il dolo intenzionale riguarda soltanto l'evento del reato, mentre gli altri elementi della fattispecie sono oggetto di dolo generico. (Cass. pen., Sez. VI, 20.4.2011, n. 34116).
Inoltre, il vantaggio deve essere patrimoniale: questa precisazione mira anche a superare a monte alcune interpretazioni della giurisprudenza successiva al 1990 che ravvisavano il delitto anche quanto l'atto amministrativo fosse compiuto al solo scopo di aumentare il prestigio del funzionario. Il danno prodotto a terzi invece può esser patrimoniale o non patrimoniale, riguardando ad esempio un diritto della sfera della personalità. Un esempio su tutti è rappresentato da una recente sentenza, Cass. pen., Sez. III, 17.1.2014, n. 10810, in cui i togati hanno sottolineato che il requisito del vantaggio patrimoniale va riferito al complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale e sussiste non solo quando la condotta procuri beni materiali o altro, ma anche quando la stessa arrechi un accrescimento della situazione giuridica soggettiva a favore di colui nel cui interesse l'atto è stato posto in essere (nella fattispecie di che trattasi il vantaggio è stato configurato nell'esonero dal pagamento dell'Ici, in favore di proprietari di terreni, che, nelle more dell'approvazione della convenzione urbanistica per rendere esecutivo il piano di lottizzazione, erano stati assoggettati al più favorevole regime impositivo previsto per i suoli agricoli).
Il requisito dell'ingiustizia appare in realtà pleonastico, in quanto un danno o un vantaggio perseguiti abusando delle funzioni pubbliche sono necessariamente ingiusti: al limite, questa

---

[18] F. PRETE, il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi, in Diritto Penale Contemporaneo, http://www.penalecontemporaneo.it/d/2408-il-sindacato-del-giudice-penale-sugli-atti-amministrativi-nell-abuso-d-ufficio-e-nei-reati-edilizi .

[19] La prova del dolo intenzionale deve essere ricavata da elementi ulteriori rispetto al comportamento non iure osservato dall'agente, che evidenzino la effettiva ratio ispiratrice del comportamento dell'agente, senza che al riguardo possa rilevare la compresenza di una finalità pubblicistica, salvo che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente, Quotidiano Giuridico, 2016. Concorde con siffatta sentenza risultano anche Cass. pen., Sez. V, 3.12.2010, n. 3039; Cass. pen., Sez. VI, 27.6.2008, n. 33844; Cass. pen., Sez. VI, 7.5.2008, n. 35859; Cass. pen., Sez. VI, 24.2.2004, n. 21091.

precisazione conferma l'irrilevanza penale di condotte del funzionario pubblico nelle quali coincidono interessi privati e interessi pubblici (se l'atto amministrativo viene emanato in conformità delle regole che assicurano la sua conformità all'interesse obiettivo della p.a. non è compito del giudice penale sindacarne la conformità anche a parametri etico-sociali).
L'elemento soggettivo consiste nel dolo intenzionale: il danno o il vantaggio devono cioè essere previsti e voluti da parte dell'agente, quale conseguenza diretta e immediata della sua condotta, e devono costituire l'obiettivo primario che lo spinge ad agire e non una mera conseguenza possibile ma incerta, che viene semplicemente accettata per perseguire altri fini.

2. Evoluzione storica.

Per meglio comprendere e riuscire ad inquadrare l'evoluzione che ha accompagnato la norma, risulta di particolare interesse la ricostruzione effettuata nel Codice Penale commentato della UTET Giuridica che non volendo ampliare troppo e volendosi limitare all'analisi al solo secolo scorso, nel primo trentennio del Novecento è stata in vigore in Italia la figura prevista dall'art. 175, del codice Zanardelli del 1889, la quale disponeva: *«Il pubblico ufficiale che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi fatto non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni ad un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione»* quindi con un approccio che in verità si occupava di tutelare il cittadino nei confronti delle angherie e degli abusi da parte dell'autorità giudiziaria, amministrativa e di polizia.
Nelle tre successive versioni, alla originaria dimensione di garanzia del privato dalle prevaricazioni dell'autorità si sovrappone la dimensione della "tradita fiducia" da parte del pubblico agente, la quale diviene preminente rispetto alla tutela del cittadino, che tende per converso ad assumere una configurazione secondaria ed indiretta. La formulazione del 1930, rubricata *«Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge»*, recitava: *«Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa (originariamente da lire 500 a lire 10.000)»*. Si trattava di una disposizione di chiusura del sistema, sulla linea del codice previgente, la cui funzione residuale, espressa dalla clausola di sussidiarietà contenuta sia in rubrica che nel testo, ne limitava l'ambito di applicazione ad ipotesi per lo più di favoritismo verso terzi non legati da particolari vincoli con l'autore (perché, ove tali vincoli sussistessero, si realizzava la fattispecie di interesse privato in atti di ufficio, di cui all'art. 324), sempreché si trattasse di condotte commissive (in quanto gli abusi omissivi erano destinati a cadere, per effetto del principio di specialità, sotto il regime dell'art. 328, dedicato all'omissione di atti di ufficio).
La supremazia accordata dal totalitarismo alla sfera degli interessi pubblici, testimoniata, sul piano declamatorio, dalla collocazione topografica dei delitti contro la P.A. nel titolo II del secondo libro e, sul piano operativo, dall'aumento della sanzione rispetto al codice Zanardelli, non comprometteva tuttavia la complementare dimensione di tutela, sia pure indiretta, del privato.
Il massimo livello sanzionatorio nell'arco del Novecento veniva toccato con la riforma introdotta dalla L. 26.4.1990, n. 86: sotto l'intitolazione "Abuso d'ufficio", il nuovo art. 323 statuiva: *«il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni». «Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni».*
L'ipotesi contenuta nel capoverso si distingueva nettamente da quella prevista nel 1° comma in virtù di una cornice edittale sensibilmente più elevata. Parallelamente, l'incriminazione veniva estesa all'incaricato di pubblico servizio, non essendo prevalsa, in sede di riforma, la tesi di accorpare le due qualifiche nella figura unitaria del "pubblico funzionario" o "pubblico agente".

La ragione della modifica legislativa del 1990 risultava comprensibile, tenendo presente l'intero quadro sistematico, derivante dalla cancellazione dell'espressa previsione delle figure del peculato per distrazione e dell'interesse privato in atti di ufficio: la fattispecie di abuso era, infatti, destinata ad assorbire l'ipotesi di interesse privato in atti di ufficio, contenuta nell'abrogato art. 324 e, almeno nelle intenzioni dei compilatori, il peculato per distrazione, venendo ad assumere, nello spirito della riforma, il carattere di un grande contenitore comprensivo, da una parte, delle ipotesi un tempo previste in altre disposizioni e dall'altra, delle ipotesi originarie di "abuso innominato"[20].
Che lo scopo dei compilatori fosse stato effettivamente conseguito appariva tutt'altro che certo: costituendo la distrazione una peculiare forma di appropriazione, risultava fondata la congettura che questa *species* di peculato continuasse ad essere disciplinata dall'art. 314[21].
Nell'art. 323 versione 1990 venivano dunque a convergere scopi di tutela eterogenei, come la legalità e il prestigio della P.A., la fedeltà del funzionario, la garanzia dei diritti del cittadino[22].
L'indeterminatezza di un così ampio spettro di possibili comportamenti accomunati da un'unitaria cornice edittale induceva il Ministro di Grazia e Giustizia a commissionare (in data 23.2.1996) la formulazione di un nuovo testo. Il progetto della Commissione, presieduta dal prof. Morbidelli, disarticolava l'ampia nozione di abuso in tre figure "nominate": la "prevaricazione", destinata ad incriminare il pubblico funzionario che *«esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, arreca intenzionalmente ad altri un danno che sa essere ingiusto»*; il *«favoritismo affaristico»*, destinato ad incriminare il pubblico funzionario che *«esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, al fine di favorire taluno gli procura un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto»*; lo *«sfruttamento privato dell'ufficio»*, destinato ad incriminare il pubblico funzionario che *«esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, si procura un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto»*.
Alla previsione di queste figure di reato seguivano disposizioni comuni destinate a definire ulteriormente i contenuti normativi e a formulare precisazioni, stabilendo la non equivalenza fra vizi di legittimità di eventuali atti amministrativi ed esercizio strumentale dei poteri.
Il progetto[23] sembra essere stato ignorato dal legislatore nella redazione del testo attualmente vigente, approvato con L. 16.7.1997, n. 234, che pur conservando nella rubrica il vocabolo "abuso" ha essenzialmente collegato il contenuto dell'art. 323 alla violazione di disposizioni normative, alterando profondamente, almeno dal punto di vista lessicale, l'impianto originario dell'istituto.

3. Profili di comparazione internazionale.

Volendo effettuare una sommaria analisi circa i profili di somiglianza rilevabili all'interno della legislazione europea si riscontrano analogie alle formulazioni in vigore in Italia dal 1931 al 1997 in particolare con la figura delle *prevaricación de los funcionarios pùblicos* prevista dagli artt. 404 ss. del codice spagnolo del 1995, oppure similari alla fattispecie dell'abuso di autorità di Zanardelliana memoria per determinati profili di cui la Rechtsbeugung prevista dal par. 336 del codice tedesco.
Il modello italiano del 1997, che collega la nozione di "abuso di potere" a quella di "violazione di doveri", presenta una lontana parentela con la normativa sui reati commessi da persone che esercitano una pubblica funzione contenuta nel codice francese del 1994, che, agli artt. 43212 e 43213, dedicati alla *prise illégale d'interêts* in operazioni soggette a gestione o controllo pubblico,

---

[20] C. GRASSO, Condotte ed eventi nel delitto di abuso di ufficio, in FI, 1999, V, 14; G. MORBIDELLI, Il contributo dell'amministrativista alla riforma (e all'interpretazione) del reato di abuso d'ufficio, in La riforma dell'abuso di ufficio, Atti della prima Giornata di Studio, Lucca, 29.11.1997, Milano, 2000, 20.
[21] A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSIO, PS, I, 51; G. A. DE FRANCESCO, 63.
[22] A. GARGANI, 145.
[23] Cfr. V. MANES, Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte, in RIDPP, 1997, 1219.

fa seguire la fattispecie dell'art. 43214, la quale incrimina l'esercente di pubbliche funzioni che procuri o tenti di procurare ad altri un vantaggio ingiustificato con un atto contrario alle disposizioni legislative o regolamentari disciplinanti appalti pubblici e concessioni pubbliche. La nozione di violazione di doveri affiora anche nell'art. 382 del codice portoghese 1982, riformato nel 1995, e nell'art. 337 del codice croato del 1997.
Pur nelle diverse formulazioni, più o meno accostabili al testo attuale dell'art. 323, è raro che l'abuso corrisponda ad una semplice inosservanza di regole giuridiche, come sembrerebbe suggerire in prima lettura il codice italiano. Anzi, l'"abuso", anche quando non sia meglio precisato nel testo normativo (come nella formula tedesca, che persegue penalmente l'ipotesi in cui la legge venga "forzata" per avvantaggiare o svantaggiare un terzo), sembra recare sempre un *quid pluris* rispetto alla semplice inosservanza di precetti[24].

4. Profili di costituzionalità.

Secondo gli intenti proclamati dai riformatori degli anni novanta del Novecento, la legislazione di fine secolo avrebbe avuto il compito storico di emancipare la disciplina dell'abuso dall'impronta autoritaria del codice del 1930[25].
In realtà, un'analisi che vada oltre le proposizioni declamatorie per interessarsi delle effettive regole operative non può non riconoscere che, sotto il profilo costituzionale, la riformulazione della disciplina dell'abuso non ha interessato tanto i profili dell'imparzialità e del buon andamento della P.A., proclamati dall'art. 97 Cost., ma incoativamente presenti nel testo precostituzionale, quanto i profili della legalità[26]. È infatti soprattutto il problema della determinatezza, quale fondamentale dimensione positiva del principio di legalità, a costituire il tema di fondo dei commenti e delle critiche dottrinali a questa figura di reato. I punti di minor resistenza del testo vigente, sotto questo profilo, emergeranno in sede di analisi della fattispecie.
Per quanto concerne la giurisprudenza della Corte Costituzionale, questa si è invece trovata a ribadire l'inesistenza di obblighi di tutela penale. Nel quadro di un consolidato orientamento autolimitativo, volto a restringere sensibilmente il novero dei casi in cui ritiene lecito assumere il ruolo di colegislatore, la Corte (C. Cost., ord., 28.6.2006, n. 251[27]; C. Cost., ord., 3.5.2000, n. 129[28] e C. Cost. 28.12.1998, n. 447[29]) ha respinto le censure di illegittimità, sia riferite all'art. 3, sia

---

[24] Codice Penale commentato, UTET Giuridica.
[25] Codice Penale commentato, UTET Giuridica.
[26] A. PAGLIARO, La nuova riforma dell'abuso d'ufficio, in DPP, 1997, 11, 1394.
[27] È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. (R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398 Approvazione del testo definitivo del codice penale), sollevata in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.. Spetta al legislatore, in ossequio al principio *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali. Impresa, 2006, 7-8, 1155.
[28] Lamentata ingiustificata disparità di trattamento del curatore fallimentare (e dei soggetti ad esso equiparati) rispetto agli altri pubblici ufficiali, i quali rispondono del reato di abuso di ufficio (ex art. 323 cod. pen., come modificato dalla legge 16 luglio 1997, n. 234) solo in ipotesi determinate - Questione già dichiarata non fondata - Assenza di profili nuovi o diversi. Manifesta infondatezza, in quanto identica questione è stata già dichiarata non fondata né risultano prospettati profili nuovi nell'ordinanza di rimessione, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 228 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e dell'art. 1 del decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, denunziati, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo che solamente il curatore fallimentare ed i soggetti ad esso equiparati continuerebbero a rispondere di qualsivoglia presa di interesse in un atto del loro ufficio, mentre tutti gli altri pubblici ufficiali risponderebbero di abuso, ai sensi dell'art. 323 del codice penale. CED Cassazione, 2000.
[29] E' inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio), come sostituito dall'art. 1 l. 16 luglio 1997 n. 234 (Modifica dell'art. 323 c.p. in materia di abuso di ufficio e degli art. 289, 416, 555 c.p.p.) - che, limitando la punibilità alle condotte di abuso commesse in violazione di norme di legge o di regolamento o in violazione di obblighi di estensione, che procurino intenzionalmente ingiusti vantaggi patrimoniali all'agente o a terzi, ovvero rechino intenzionalmente ingiusto danno ad altri, lascerebbe sguarnite di sanzione penale condotte altrettanto o più gravemente riprovevoli dal punto di vista sociale - sollevata con riferimento agli art. 3 e 97 cost., in quanto - posto che è principio essenziale in campo penale, e garanzia fondamentale della persona, che non si possa

riferite all'art. 97 Cost., in relazione alla decisione del legislatore di non includere fra le condotte punibili quelle sorrette da dolo non intenzionale e quella foriera di un vantaggio extrapatrimoniale.
In ultimo, ma esclusivamente per una questione temporale di estensione della sentenza, il giudice delle leggi con la decisione 14.07.2016, n. 177, ha affermato che è manifestamente inammissibile, per carente descrizione della fattispecie che si riverbera sull'indeterminatezza e ambiguità del *petitum*, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., in riferimento agli artt. 25, comma 2, e 97, comma 1, Cost., nella parte in cui, secondo il "diritto vivente", includerebbe nel requisito della "violazione di norme di legge", necessario per la configurazione della fattispecie incriminatrice dell'abuso di ufficio, anche la violazione dell'art. 97 Cost. e, quindi, dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e, persino, la violazione di norme previste nei contratti collettivi di lavoro o in atti amministrativi, circolari ed addirittura discendenti da prassi amministrative. In ogni caso, laddove per la delibazione dell'ipotesi di reato venisse in rilievo la violazione di norme del contratto collettivo di lavoro, sarebbe errata la ricostruzione del "diritto vivente" prospettata dal rimettente, in quanto secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, essa non realizza uno dei presupposti necessari per la configurabilità del reato di abuso di ufficio; qualora, invece, la condotta rilevante fosse quella della violazione di legge in relazione a "plurime e reiterate vessazioni", allora il giudice remittente avrebbe dovuto illustrare le ragioni per le quali, a fronte di un contrasto interpretativo della giurisprudenza, non ha ritenuto di praticare un'interpretazione conforme a Costituzione[30].

5. Il soggetto del delitto e la sua condotta.

Soggetto attivo del delitto di cui all'art. 323 c.p. può essere tanto il pubblico ufficiale quanto l'incaricato di pubblico servizio, opzione che perpetua la scelta effettuata a suo tempo dal legislatore del '90, che decise di estendere l'ambito applicativo della disposizione anche all'incaricato di pubblico servizio[31] con il preciso intento di riservare un trattamento paritario ai due soggetti in considerazione dell'importanza del bene tutelato e del rilievo fattuale che molte e gravi forme di abuso potevano essere perpetrate anche dall'incaricato di pubblico servizio. Inoltre, che nella norma sull'abuso sarebbero confluite anche le ipotesi prima rilevanti come peculato per distrazione (almeno secondo le intenzioni del legislatore ed, ancora oggi, secondo l'opinione prevalente), realizzabili anche dall'incaricato di pubblico servizio.
La disposizione di cui all'art. 323 incrimina il duplice comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, intenzionalmente, procura a sé o ad altri un ingiusto

---

addebitare a titolo di reato alcuna condotta diversa ed ulteriore rispetto a quelle in tal senso esplicitamente qualificate da una legge in vigore al momento della commissione del fatto (art. 25 comma 2 cost.); che solo il legislatore può dunque, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonchè stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali, secondo il principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", cui si riconducono sia la riserva di legge vigente in materia penale, sia il principio di determinatezza delle fattispecie penali, sia il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici; e che, al di fuori dei confini delle fattispecie di reato, come definiti dalla legge, riprende vigore il generale divieto di incriminazione, anche là dove siano configurabili altre ipotesi di illecito e di responsabilità non sanzionate penalmente - l'eventuale addebito al legislatore di aver omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di illegittimità costituzionale della legge, e tantomeno in una richiesta di "addizione" alla medesima mediante una pronuncia della corte costituzionale; ed in quanto le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono nella (eventuale) tutela penale, ben potendo, invece, essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni, l'incriminazione costituendo una "extrema ratio", cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela. Giur. Costit., 1998, fasc.6.

[30] Fonte Sito ufficiale della Corte costituzionale, 2016.

[31] F. RIPPA in "il delitto di abuso di ufficio" elaborato nel corso di Dottorato di ricerca in sistema penale integrato e processo - ciclo XX.

vantaggio patrimoniale oppure procura ad altri un danno ingiusto[32], il reato di specie è finalizzato ad arrecare ad altri un danno ingiusto ha natura plurioffensiva, in quanto è idoneo a ledere, oltre all'interesse pubblico al buon andamento e alla trasparenza della P.A., il concorrente interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti dal comportamento illegittimo e ingiusto del pubblico ufficiale. In una recente sentenza della Cassazione, Sez. VI, 19.1.2016, n. 5746, è stato affermato che il reato di abuso di ufficio finalizzato ad arrecare ad altri un danno ingiusto ha natura plurioffensiva, in quanto è idoneo a ledere, oltre all'interesse pubblico, costituzionalmente definito, al buon andamento e alla trasparenza della P.A., il concorrente interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti dal comportamento illegittimo e ingiusto del pubblico ufficiale, conseguentemente il privato danneggiato riveste la qualità di persona offesa dal reato ed è legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del P.M. (Annulla senza rinvio, G.i.p. Trib. Asti, 30.04.2015). Si può affermare convintamente che in giurisprudenza oramai l'oggetto di tutela s'è consolidato essere quindi anche l'interesse del privato a non essere turbato nei propri diritti come confermatosi in tutta una serie di sentenze della cassazione (Cass. pen., Sez. VI, 10.4.2008, n. 17642[33]; Cass. pen., Sez. VI, 7.1.2008, n. 329[34]; Cass. pen., Sez. VI, 22.3.2006, n. 20399; Cass. pen., Sez. VI, 10.3.2003, n. 19019[35]).
Perché la condotta sia tipica è richiesto che essa sia compiuta nello svolgimento delle funzioni o del servizio e che presenti un carattere antidoveroso con un pieno riverbero di violazione di preclari obblighi costituzionali che porterebbero all'inosservanza del principio di imparzialità della P.A., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione (Cass. pen., Sez. VI, 17.2.2011, n. 27453[36]; Cass. pen., Sez. VI, 20.1.2009, n. 9862[37]; Cass. pen., Sez. II, 10.6.2008, n. 35048[38]; Cass. pen., Sez. VI, 12.2.2008, n. 25162[39]; contra Cass. pen., Sez. VI, 18.2.2009, n. 13097[40]).

---

[32] Codice Penale commentato, UTET Giuridica.

[33] Il reato di abuso di ufficio finalizzato ad arrecare ad altri un danno ingiusto ha natura plurioffensiva, in quanto è idoneo a ledere, oltre all'interesse pubblico al buon andamento e alla trasparenza della P.A., il concorrente interesse del privato a non essere turbato nei suoi diritti dal comportamento illegittimo e ingiusto del pubblico ufficiale. Ne consegue che il privato danneggiato riveste la qualità di persona offesa dal reato ed è legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del P.M.. (Annulla senza rinvio, Gip Trib. Lecce, 13 Novembre 2007).

[34] Il reato di abuso d'ufficio (art. 323 cod. pen.), ha natura plurioffensiva, considerato che è idoneo a ledere, oltre all'interesse pubblico al buon andamento e alla trasparenza della P.A., anche il concorrente interesse del privato a non essere turbato nei propri diritti costituzionalmente garantiti dal comportamento illegittimo ed ingiusto del pubblico ufficiale. Ne consegue che, in tal caso, il privato danneggiato riveste la qualità di persona offesa e che l'omesso avviso della richiesta di archiviazione, qualora abbia chiesto di esserne informata, viola il diritto al contraddittorio. (Annulla senza rinvio, Gip Trib. Aosta, 29 aprile 2003).

[35] Quando il reato di abuso di ufficio sia commesso per arrecare "ad altri un danno" è lesa oltre che la sfera giuridica della Pubblica Amministrazione anche quella del privato: in tal caso il reato è plurioffensivo, con la conseguenza che la persona offesa dal reato ha il diritto di ricevere l'avviso di richiesta di archiviazione.

[36] In tema di abuso d'ufficio, il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato anche solo dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione. (Rigetta, Trib. Roma, 13/10/2009).

[37] Integra la violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, l'inosservanza da parte del giudice del principio di imparzialità. (Fattispecie in cui è stato configurato il reato di cui all'art. 323 cod. pen. in relazione alla condotta di un giudice di pace, che, all'esito di una causa civile, aveva comunicato alla parte vittoriosa il contenuto della sentenza non ancora depositata e pubblicata) (Annulla con rinvio, Gip Trib. Roma, 27 settembre 2007).

[38] In tema di abuso di ufficio, la violazione, nell'esercizio di pubbliche funzioni, del dovere di imparzialità sancito dall'art. 97 della Costituzione integra il requisito della "violazione di norme di legge", elemento costitutivo della fattispecie. (Annulla in parte senza rinvio, App. Napoli, 21 Ottobre 2003).

[39] Il profilo della violazione di norme di legge, costitutivo della struttura del delitto di abuso d'ufficio, può sostanziarsi anche nella violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Tale principio, invero, assume una diversa portata a seconda che esso venga riferito all'attività della pubblica amministrazione o alla sua organizzazione.

Mediante il primo requisito viene esplicitato il limite esterno della condotta, implicito nel testo previgente, che esclude la rilevanza dell'abuso di qualità[41], l'autore deve rivestire la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, non risponde, ex art. 323, del semplice abuso di qualità e perciò, quando agisca del tutto al di fuori dell'esercizio della funzione o del servizio, il reato non è configurabile (Cass. pen., Sez. II, 9.2.2006, n. 7600[42]; Cass. pen., Sez. VI, 25.2.1998, n. 5118[43]).

Il privato, dal canto suo, può concorrere nel reato ove i rapporti fra *extraneus* ed *intraneus* siano sussumibili nelle figure dell'istigazione o della collusione (Cass. pen., Sez. VI, 21.10.2004, n. 43205[44]), relazioni non desumibili, di per sé, dalla semplice coincidenza fra l'istanza del privato ed il provvedimento illegittimo del pubblico funzionario (Cass. pen., Sez. VI, 21.5.2009, n. 40499; Cass. pen., Sez. VI, 28.15.5.2004; Cass. pen., Sez. VI, 27.1.2004; Cass. pen., Sez. VI, 14.1011.11.2003).

Relativamente invece al concorso del privato nel delitto di cui all'art. 323 si è recentemente pronunciata la Cassazione, Sez. VI, 11.7.2014, n. 37880, secondo cui ai fini della configurabilità del concorso, l'esistenza di una collusione tra il privato ed il pubblico ufficiale non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta dell'uno e il provvedimento adottato dall'altro, essendo invece necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra i predetti soggetti, ovvero altri dati di contorno, dimostrino che la domanda del privato sia stata preceduta, accompagnata o seguita dall'accordo con il pubblico ufficiale, se non da pressioni dirette a sollecitarlo o persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo. Sul punto è conforme la più recente Cass. pen., Sez. VI, 23.6.2015, n. 33760, che afferma che ai fini della configurabilità del concorso del privato nel delitto di abuso d'ufficio, l'esistenza di una collusione tra il privato ed il pubblico ufficiale non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta dell'uno e il provvedimento adottato dall'altro, essendo invece necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra i predetti soggetti, ovvero altri dati di contorno, dimostrino che la domanda del privato sia stata preceduta, accompagnata o seguita dall'accordo con il pubblico ufficiale, se non da pressioni dirette a sollecitarlo o persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che correttamente la

---

Mentre, in quest'ultimo caso, esso potrà trovare concreta attuazione solo attraverso la mediazione della legge, se riferito all'attività dell'amministrazione, il principio di imparzialità introduce una vera e propria regola di comportamento, imponendo che nel procedimento amministrativo vengano acquisiti tutti gli elementi utili per addivenire ad una deliberazione il più possibile ponderata. In tal caso esso assumerà, pertanto, un immediato contenuto precettivo.

40 Il requisito della violazione di norme di legge non può essere integrato dall'inosservanza delle norme di principio poste dall'art. 97 Cost. (Fattispecie relativa a favoritismi nell'assunzione di dipendenti di una società di natura privata). (Annulla in parte con rinvio, Gip Trib. Lecce, 1 Ottobre 2007).

41 A. PAGLIARO, Commento all'art. 1 della l. 16.7.1997, n. 234, in LP, 1997, 743.

42 In tema di abuso d'ufficio, anche precedentemente alla modifica dell'art. 323 cod. pen. in base alla L. n. 324 del 1997, ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo del reato è richiesto che l'abuso si realizzi attraverso l'esercizio da parte del pubblico ufficiale di un potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione ad esso attribuita. Ne consegue che quando il pubblico ufficiale agisca del tutto al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni il reato in questione non è configurabile. (Annulla in parte con rinvio, Trib. lib. Roma, 30 Maggio 2005).

43 In tema di abuso di ufficio, anche precedentemente alla modifica dell'art. 323 recata dalla l. n. 234 del 1997, ai fini della integrazione dell'elemento oggettivo del reato è richiesto che l'abuso si realizzi attraverso l'esercizio da parte del pubblico ufficiale di un potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione ad esso attribuita. Ne consegue che quando il pubblico ufficiale agisca del tutto al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni il reato in questione non è configurabile. (Fattispecie nella quale è stato escluso che rientrasse nei doveri del comandante di un posto di polizia aeroportuale la denuncia di ritrovamento presso il competente ufficio comunale di un oggetto smarrito da un viaggiatore; denuncia che, secondo l'accusa, non aveva un contenuto veritiero, essendo la cosa smarrita stata rinvenuta da altro dipendente del posto di polizia ed essendosi il comandante sostituito a quest'ultimo allo scopo di appropriarsene facendoselo assegnare quale rinvenitore di essa).

44 Nell'abuso di vantaggio, perché possa ritenersi il concorso del privato è necessaria la dimostrazione della collusione tra il pubblico ufficiale e il richiedente l'atto l'illegittimo, la quale deve risultare dal contesto fattuale e, in particolare, dai rapporti tra le parti che dimostrino che la richiesta è stata preceduta, accompagnata o seguita da pressioni dirette a sollecitare l'atto in violazione di legge.

sentenza impugnata avesse desunto l'esistenza della collusione tra pubblico ufficiale e privati favoriti dal contesto e dai rapporti di parentela intercorrenti tra gli stessi, dall'evidenza del vantaggio procurato e dall'abnormità degli atti e comportamenti illegalmente posti in essere dal primo).
Con il secondo requisito sono specificate le modalità della condotta, che deve essere compiuta in violazione di norme di legge o di regolamento (prescrizioni normative di fonte legislativa statale (Cass. pen., Sez. VI, 10.7.2000, n. 9446[45]), legislativa regionale (Cass. pen., Sez. VI, 18.10.1999, n. 13331[46]; Cass. pen., Sez. VI, 1.6.1998, n. 9882[47]) o di fonte regolamentare (Cass. pen., Sez. VI, 9.11.2010, n. 41697[48]; Cass. pen., Sez. VI, 31.3.2000, n. 5779[49])), ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (Cass. pen., Sez. VI, 7.10.1998, n. 13626[50], in tema di favoritismo). In questo ampio alveo di possibilità la giurisprudenza si orienta richiamando direttamente ed in generale i principi di imparzialità (Cass. pen., Sez. VI, 6.11.1998) o di fedeltà (Cass. pen., Sez. VI, 7.10.1998). Il dovere di astensione da parte del soggetto qualificato deve ravvisarsi anche laddove vengano in considerazione

---

[45] Dà luogo ad una vera e propria violazione di legge, rilevando ai fini della configurabilità del reato d'abuso d' ufficio, l'adozione di un provvedimento che incida negativamente sui diritti in materia di funzioni e di qualifica del pubblico impiegato, sanciti dall'art. 31 del t.u. approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (norma applicabile anche ai dipendenti degli enti locali), senza che vengano in alcun modo estrinsecate le ragioni che sostengono il detto provvedimento. Riv. Pen., 2001, 659.

[46] In tema di abuso di ufficio, costituisce violazione di legge la condotta dell'assessore comunale che autorizza un privato a esercitare l'attività di deposito autovetture in area (in particolare, zona C) sita all'interno del Parco Ticino. Tale provvedimento contrasta infatti con l'art. 11 comma 3 l. Reg. Lombardia 22 marzo 1980, n. 33, che vieta nella predetta zona del parco "l'insediamento di nuovi impianti produttivi"; non rilevando la diversa previsione del p.r.g. del comune interessato, posto che in forza dell'art. 2 della predetta legge regionale, la normativa relativa al Parco Ticino prevale sulle difforme prescrizioni degli strumenti urbanistici. Inoltre, la predetta condotta è in contrasto con l'art. 13 l. 6 dicembre 1991, n. 394 (legge quadro sulle aree protette), che subordina il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative a interventi nell'area del parco al preventivo nulla osta dell'Ente Parco (nella specie mancante). Infine, avendo il nuovo impianto comportato una trasformazione di un immobile preesistente, adibito a stoccaggio di materiali edili, risulta violata anche la l. 29 giugno 1939, n. 1497 - richiamata dall'art. 1 lett. f) della l. 8 agosto 1985, n. 431 - che nelle aree sottoposte a vincolo paesaggistico vieta ogni modificazione che rechi pregiudizio all'aspetto esteriore dell'immobile. Cass. Pen., 2001, 123.

[47] Costituisce violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, il conferimento da parte di un assessore della regione Sicilia di un incarico di partecipazione ad una commissione di collaudo al proprio segretario particolare, poichè tale soggetto, come si ricava dall'art. 11 della l. reg. 28 agosto 1949 n. 53, non è un pubblico funzionario, mentre l'art. 8 comma 1 l. reg. 29 aprile 1985 n. 21, prevede che gli incarichi di collaudo possano essere conferiti, oltre che a liberi professionisti, a "tecnici pubblici funzionari in servizio". Cass. Pen., 2000, 33.

[48] L'elemento materiale del delitto di abuso d'ufficio può essere realizzato anche attraverso una condotta omissiva, purché si tratti del mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito al pubblico funzionario da una norma di legge o regolamentare. (Fattispecie in cui la Corte ha riconosciuto l'insussistenza del reato in riferimento al contestato omesso controllo sulle irregolarità poste in essere nell'esercizio di una cava da parte dell'addetto all'ufficio regionale che aveva rilasciato la relativa autorizzazione, nonostante la vigilanza in merito spettasse ad altro ufficio dell'ente territoriale). (Annulla senza rinvio, App. Campobasso, 04 marzo 2010).

[49] E' configurabile il reato di abuso di ufficio nell'attività dei componenti del comitato di gestione di una USL che abbiano stipulato convenzioni con biologi senza rispettare le formalità all'uopo previste dagli accordi collettivi a livello nazionale (che hanno natura regolamentare e sono resi esecutivi, ai sensi dell'art. 48 l. n. 833 del 1978, con decreto del Presidente della Repubblica), e, in particolare, senza attingere alla graduatoria nella quale, a norma dei citati accordi collettivi, devono iscriversi i professionisti che, provvisti dei prescritti requisiti, aspirino a svolgere la propria attività nel servizio sanitario, a nulla rilevando la mancata approvazione della suddetta graduatoria per l'anno in corso, atteso che tale circostanza non può esimere il comitato di gestione dal rispetto delle altre formalità previste (quali la pubblicazione degli incarichi da conferire nel bollettino ufficiale della regione e il prioritario interpello dei professionisti già titolari di altro incarico ambulatoriale presso le USL della regione), nè impedisce di fare ricorso alla graduatoria provvisoria in corso di approvazione, ovvero alla graduatoria approvata per l'anno precedente. Cass. Pen., 2001, 2682.

[50] Integra il delitto di abuso di ufficio, la condotta del libero professionista al quale sia stata affidata l'elaborazione e l'esecuzione di un progetto per l'arredo degli uffici di una p.a., qualora lo stesso nello svolgimento dell'incarico ometta di astenersi in presenza di un interesse di un prossimo congiunto, assicurandogli un ingiusto vantaggio patrimoniale. Cass. Pen., 1999, 1434 - Giust. Pen., 1999, II, 607.

provvedimenti per i quali è riconoscibile un interesse personale, anche indiretto, ed il relativo presupposto di fatto deve presentarsi quale situazione identificabile a priori, ponendosi come visibile fattore inquinante in relazione alla determinazione del contenuto dell'atto o dell'operazione da compiere (Cass. pen., Sez. VI, 4.11.2015, n. 48913[51]).
L'impiego del verbo "omettere" nella sola seconda parte del testo non deve trarre in inganno: la violazione di legge o di regolamento può essere tanto commissiva che omissiva[52], tanto più che il codice, nel paradigma di reato esplicitato nella parte generale (libro I, titolo III, capo I) impiega l'endiadi "azione od omissione" per enfatizzarne l'equiparazione normativa, eccettuati i soli casi di incompatibilità logica o di deroga espressa[53].
In sostanza sono previste quattro ipotesi corrispondenti al comportamento di:
- chi procura un vantaggio patrimoniale ingiusto violando norme giuridiche;
- chi procura un vantaggio patrimoniale ingiusto omettendo antidoverosamente di astenersi;
- chi procura un danno ingiusto, violando norme giuridiche;
- chi procura un danno ingiusto, omettendo antidoverosamente di astenersi.

In tutte le ipotesi, il risultato del comportamento deve costituire lo scopo dell'autore, perché la legge richiede che l'ingiusto vantaggio o l'ingiusto danno siano procurati intenzionalmente[54].
Muovendo dalla distinzione welzeliana fra contenuto fondamentale del dolo che deve essere voluto e profili collaterali che è sufficiente siano rappresentati è possibile asserire che la volontà dell'autore deve essere intenzionalmente diretta al vantaggio o al danno, mentre gli altri elementi di fattispecie costituiscono oggetto di consapevolezza, anche solo probabilistica.
Perciò, ferma l'intenzione di arrecare un danno o un vantaggio, la consapevolezza della trasgressione normativa può essere anche meramente eventuale, come avviene quando l'autore in dubbio sulla portata del contenuto precettivo accetti il rischio di violare una disposizione legislativa o regolamentare oppure di non osservare un obbligo di astensione[55].
In prima approssimazione, il verbo "procura", caratteristico delle fattispecie "causalmente orientate", sembrerebbe autorizzare la qualificazione della fattispecie come reato "a forma libera", con la conseguente applicabilità dell'art. 40, cpv. alla forma omissiva[56], ma la tesi non sembra

---

[51] L'integrazione del reato di abuso d'ufficio richiede una duplice distinta valutazione di ingiustizia, sia della condotta (che deve essere connotata da violazione di norme di legge o di regolamento), sia dell'evento di vantaggio patrimoniale (che deve risultare non spettante in base al diritto oggettivo); non è peraltro necessario, ai fini predetti, che l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale derivi da una violazione di norme diversa ed autonoma da quella che ha caratterizzato l'illegittimità della condotta, qualora - all'esito della predetta distinta valutazione - l'accrescimento della sfera patrimoniale del privato debba considerarsi "contra ius". (Fattispecie in cui la Corte ha configurato il delitto di abuso di ufficio nella condotta del Direttore di un Dipartimento di una A.S.L. che, senza astenersi, aveva designato la propria moglie quale componente della Commissione medica locale per l'accertamento dell'idoneità psico-fisica per il conseguimento delle patenti di guida, così intenzionalmente procurandole l'ingiusto vantaggio patrimoniale rappresentato dagli emolumenti spettanti ad ogni componente della predetta Commissione). (Annulla con rinvio, Trib. Pescara, 07.07.2014). CED Cassazione, 2015.

[52] A. PAGLIARO, PS, I, 299.

[53] G. LICCI, Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo italiano, 2° ed., Torino, 2010, 183.

[54] L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza che si è stratificata nel tempo è stata di varia natura partendo dalla capacità limitativa dell'imputazione soggettiva, intesa talora come esclusione della sola forma del dolo eventuale (Cass. pen., Sez. VI, 17.10.2007, n. 40891; Cass. pen., Sez. V, 17.12.1999; Cass. pen., Sez. VI, 14.1.1998; Cass. pen., Sez. VI, 2.10.1997), talora, più correttamente, come esclusione sia della forma eventuale sia della forma diretta (Cass. pen., Sez. V, 3.12.2010, n. 3039; Cass. pen., Sez. VI, 27.6.2008, n. 33844; Cass. pen., Sez. VI, 7.5.2008, n. 35859; Cass. pen., Sez. VI, 24.2.2004, n. 21091; C. 15.1.2004; Cass. pen., Sez. VI, 8.10.2003; Cass. pen., Sez. VI, 4.5.1998; T. Rovereto 16.10.2001; T. Sondrio 8.2.2001; T. Vibo Valentia 21.3.2000), senza che sia necessario il perseguimento del fine "privato" in via esclusiva (Cass. pen., Sez. VI, 2.4.1998) né che siano richieste l'indagine sulla motivazione che induce l'autore a perseguire come fine della condotta la realizzazione dell'evento offensivo (Cass. pen., Sez. VI, 18.10.1999) o la prova della collusione col beneficiario del favoritismo (Cass. pen., Sez. VI, 18.11.1999).

[55] M. ROMANO, in Comm. Romano, PS, I, 276.

[56] A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSIO, PS, I, 299; G. A. DE FRANCESCO, 56.

tenere conto dei requisiti modali che descrivono la figura di reato per note interne[57] rispetto alle quali l'art. 40, 2° co., avendo la funzione di convertire in forma omissiva, figure originariamente commissive, non svolge alcun ruolo[58]. Pertanto, l'enunciato normativo rientra nelle figure contemplate dall'art. 40, 1° co., che si riferisce appunto alle fattispecie a "forma vincolata", suscettibili di attuazione indifferentemente commissiva od omissiva.
In tutte le ipotesi previste dall'art. 323 la struttura della fattispecie è quella di una legge parzialmente in bianco[59], ove la condotta di chi procura il danno o il vantaggio rileva in quanto inosservante di obblighi giuridici di comportamento o di astensione[60].
La dottrina ha rilevato come il richiamo alle norme disciplinanti gli uni e gli altri obblighi implichi un rinvio formale di tale latitudine da non consentire una nemmeno approssimativa delimitazione delle fonti[61].
In particolare, nella forma omissiva, connessa all'inottemperanza dell'obbligo di astensione rileva, purché produttiva di vantaggio patrimoniale o di danno, l'inosservanza di qualsiasi "caso prescritto". Quest'ultimo richiamo non assume determinatezza neppure per relationem, attraverso il D.M. 31.3.1994, recante un elenco di casi di doverosa astensione, perché l'art. 6 del decreto si conclude, a sua volta, con una ulteriore clausola "di chiusura" (*«in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza»*), che apre la strada ad una ulteriore eterointegrazione di secondo grado[62].
Quanto alla forma commissiva, viene in considerazione, in linea di principio, la violazione di atti normativi di natura legislativa o regolamentare. Per quanto concerne gli atti regolamentari, la dottrina prospetta una censura ex art. 25, cpv., Cost. non solo in relazione alla dimensione positiva del principio (come obbligo di sufficiente determinatezza), ma anche in relazione alla dimensione negativa (come elusione della riserva di legge)[63]. Anche il rinvio formale alla legge, capace di richiamare, in linea di principio, un amplissimo ventaglio di disposizioni, ha suscitato perplessità in dottrina, ancorché nelle intenzioni del legislatore il richiamo fosse destinato ad evitare che l'abuso fosse sostanzialmente identificato con la figura dell'eccesso di potere[64]. Qualora poi si riconosca come è stato autorevolmente prospettato[65] che il termine legge è capace di includere non solo la legge ordinaria, ma anche quella costituzionale, il rinvio consentirebbe di dilatare il campo di rilevanza penale entro confini forse ancora più estesi di quelli risultanti dal testo del 1990[66].
Proprio in conformità allo scopo della riforma, orientata a restringere l'area del penalmente rilevante, una indiretta riconducibilità a pur importanti, ma generici principi non sembra sufficiente a generare la tipicità della condotta, essendo invece necessaria la trasgressione di regole dal contenuto circoscritto e puntuale[67].

6. Il sindacato penale e l'abuso d'ufficio.

Come già rilevato nei paragrafi precedenti l'abuso di ufficio, nel suo archetipo di rilievo penalistico, dal Codice Zanardelli ad oggi si presenta nel nostro ordinamento in quattro varianti: dal vecchio

---

[57] G. LICCI, L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma, in DPP, 1997, 9, 1051.
[58] C. BENUSSI, I delitti, 590.
[59] A. MANNA, Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale, Torino, 2004, 38.
[60] C. BENUSSI, I delitti, 565, il quale, peraltro, non sembra tenere conto all'interno della categoria delle leggi penali in bianco del duplice sottoinsieme delle disposizioni a forma "chiusa" e "aperta", rispetto alle quali, nella letteratura italiana, cfr. M. ROMANO, Repressione della condotta antisindacale. Profili penali, Milano, 1974, 150
[61] G. A. DE FRANCESCO, 56; S. VINCIGUERRA, Non tutte le riforme sono migliorative: il nuovo art. 323 c.p., in GI, 1998, 1021.
[62] M. LEONI, Il nuovo reato di abuso d'ufficio, Padova, 1998, 85.
[63] M. LEONI, 60; S. VINCIGUERRA, 1022.
[64] G. FIANDACA, E. MUSCO, PS, I, 250; A.M. STILE, C. CUPELLI, Dizionario di diritto pubblico, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 36 e seg..
[65] C. GRASSO, Condotte, 334; T. PADOVANI, 744.
[66] G. FIANDACA, E. MUSCO, PS, I, 252.
[67] M. ROMANO, in Comm. Romano, PS, I, 265; M. CATENACCI, 123.

abuso d'ufficio disciplinato dal codice del 1889 all'abuso innominato in atti di ufficio di cui all'originario art. 323 c.p., alla prima riforma avutasi con la legge n. 86 del 1990, seguita dopo solo sette anni da una integrale modifica della norma ad opera del legislatore del '97, che ha trasformato la fattispecie incriminatrice da reato a consumazione anticipata e a dolo specifico in reato di evento, prevedendo specifiche modalità di realizzazione del fatto punibile[68].
La storia dell'abuso d'ufficio è un lungo confronto con il problema del sindacato. Il principio che il potere esecutivo deve sottostare al controllo di legalità da parte dei giudici ha avuto, infatti, un ruolo decisivo nella nascita e nello sviluppo del reato di abuso d'ufficio, che nasce come limitazione legale del potere esecutivo, come antitesi del governo arbitrario. In tutte le sue fasi successive, la rilevanza penalistica della condotta è subordinata ad un illegittimo esercizio di poteri funzionali e, quindi, alla rilevabilità di eventuali vizi di legittimità che inficiano l'atto in cui tale esercizio si attua.
A margine dell'analisi svolta ci si ferma convintamente a riflettere su come arrivano ad interagire due diversi sindacati ovvero quello penale e quello amministrativo, il tutto con un unico e reciproco scopo il rispetto dei principi fondamentali della carta costituzionale norma ispiratrice e cardine di tutta quella regolante il diuturno agire della pubblica amministrazione. Per questo si sottolinea che i vizi del provvedimento amministrativo svolgono, rispettivamente, due compiti diversi, e a volte forniscono risposte contrastanti agli stessi problemi o allo stesso tipo di problemi. I vizi dell'atto amministrativo, infatti, trasportati nell'abuso di ufficio, rilevano non in relazione all'atto (come nel processo amministrativo), bensì nel contesto di un comportamento umano carico di conseguenze per il diritto penale. Sicché il penalista deve costruirli su principi strettamente e rigorosamente penalistici, perché è l'ottica penalistica a risultare decisiva e costitutiva, con le garanzie ed i valori sostanziali suoi propri[69]. Per esempio, deve chiedersi sino a che punto le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, basate su presunzioni, siano compatibili con il principio di tassatività della fattispecie penale e con i principi processuali della libera ricerca della verità e del libero convincimento del giudice. Nel diritto, del resto, è quasi un luogo comune che una nozione, un concetto giuridico, vive sempre in un contesto. E tuttavia molti concetti amministrativi e penali, pur provvisti di senso proprio, ricevono ogni volta un significato più preciso dal paragone reciproco, che ne svela nuovi aspetti nei diversi contesti. L'ibrido territorio tra la discrezionalità sindacabile e quella non sindacabile, l'eccesso di potere, il merito amministrativo, ne offrono svariati esempi.

7. Conclusioni.

Volendo tirare le fila sul percorso che è stato tracciato ma, soprattutto volendo riprendere i recenti interventi giurisprudenziali che hanno visto la Cassazione tornare ad intervenire sul sempreverde reato di abuso d'ufficio in prima battuta la Sezione III Penale della Suprema Corte, sentenza 28 luglio 2016, n. 33043, s'è pronunciata in materia di reati edilizi e paesaggistici, relativamente alla posizione dei pubblici ufficiali che avevano illecitamente rilasciato i titoli assentivi, ha riaffermato il principio secondo cui la prova del dolo intenzionale, che qualifica la fattispecie di abuso d'ufficio,

---

[68] A. MERLI, Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio, in Diritto Penale Contemporaneo, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353058964MERLI%202012a.pdf .

[69] Cfr. sul punto M. ROMANO, I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Qualifiche soggettive pubblicistiche. Commentario sistematico, Milano, 2008, p. 45; M. GAMBARDELLA, Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa, Milano, 2002, p. 273 e 259. L. MAZZAROLLI, Attività amministrativa e giustizia penale, in Dir. e soc., 1978, p. 679. Lo stesso concetto di 'pubblica amministrazione', ad esempio, sulla cui definizione nell'ultimo cinquantennio sono aumentati profondamente i riferimenti giuridici, ha in diritto penale la sua autonomia, dovendosi intendere in senso più ampio da quello elaborato dalla dottrina amministrativistica: vi si devono includere, ad esempio, oltre ai soggetti tradizionali (amministrazioni statali e locali), i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1 l. 241/1990) e tutti quei soggetti che svolgono attività di rilievo pubblico. Cfr. M. P. CHITI, Diritto amministrativo europeo, Milano, 2011, (IV ed), p. 256 ss. Per una nuova configurazione dei reati in materia di pubblica amministrazione, cfr. G. CASTELLUCCI, in Corruzione e sistema istituzionale, a cura di M. D'ALBERTI e R. FINOCCHIARO, p. 231 ss.

non richiede l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, in quanto l'intenzionalità del vantaggio ben può prescindere dalla volontà di favorire specificamente quel privato interessato alla singola vicenda amministrativa.
La suprema corte di legittimità ha sottolineato che il dolo intenzionale del delitto di abuso d'ufficio non richiede la prova della collusione con la persona che si intende favorire. Per quanto riguarda la responsabilità per il delitto di cui all'art. 323 c.p. ascritta in capo ai tecnici comunali che avevano rilasciato i titoli edilizi abilitativi, i giudici di legittimità, nel rilevare come la condotta di abusività si fosse concretata, nel caso *de quo*, nel rilascio della concessione in "macroscopica" violazione della legislazione regionale vigente e del piano paesaggistico regionale, indicano, quali elementi "indizianti" del reato di abuso d'ufficio, l'autorizzazione paesaggistica rilasciata da parte di un organo incompetente (in quanto, a norma della legislazione regionale sarda, per l'intervento edificatorio realizzato nel caso di specie la competenza al rilascio dell'autorizzazione spettava alla Regione, non al Comune). È stata proprio la "macroscopica illegittimità dell'atto compiuto", ritenuta ricorrente nella fattispecie concreta in esame, è posta dai giudici di legittimità tra gli "elementi sintomatici" dai quali può essere desunta la prova del dolo intenzionale, che qualifica il reato di abuso d'ufficio[70]. In ultimo, ma non per questo di minore importanza, con riferimento all'elemento soggettivo del reato di abuso d'ufficio, di notevole importanza pare il punto della motivazione in cui i giudici della Sez. III escludono, ai fini della prova del dolo intenzionale, l'accertamento di un accordo collusivo con la persona che si intende favorire, poiché l'intenzionalità del vantaggio ben può prescindere dalla volontà di favorire specificamente il privato interessato alla singola vicenda amministrativa[71].
Altrettanto interessante e fortemente pragmatica risulta altresì l'intervento della Suprema corte di legittimità, sezione III penale, sentenza 22 luglio 2016, n. 31865, nell'affermare che in relazione all'elemento soggettivo nel delitto di abuso di ufficio, è stato affermato che "la prova del dolo intenzionale deve essere ricavata da elementi ulteriori rispetto al comportamento "non iure" osservato dall'agente, che evidenzino la effettiva *ratio* ispiratrice del comportamento dell'agente, senza che al riguardo possa rilevare la compresenza di una finalità pubblicistica, salvo che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente"[72], in questa sede è stato anche precisato che è necessario che il perseguimento dell'interesse pubblico costituisca il fine primario dell'agente affinché possa essere ritenuto insussistente l'elemento soggettivo del dolo[73].
In sintesi, il dolo sussiste quando l'ingiusto vantaggio proprio od altrui, ovvero l'ingiusto danno altrui siano stati rappresentati e voluti dall'agente come obiettivo primario della propria condotta. Tale intenzione va desunta dal complessivo svolgersi dei comportamenti, soprattutto quando, come nel caso di specie, sia stato rilevato – concordemente dai giudici di primo e secondo grado un iter procedimentale illegittimo e caratterizzato da plurime condotte omissive e dilatorie. La reiterazione dei comportamenti, la evidente illegittimità di essi, nonché le altre circostanze afferenti i rapporti tra agente e soggetto favorito o danneggiato ed, in caso di compresenza di più fini, dalla comparazione dei rispettivi vantaggi o svantaggi[74], costituiscono, pertanto, evidenti indici della sussistenza del dolo, anche se non è necessario che il fine che deve animare l'agente sia esclusivo.

---

[70] Sul punto ed in questi termini, Cass. pen., Sez. fer., 27.8.2013, n. 46151; Cass. pen., Sez. VI, 9.11.2006, n. 41365, laddove la Corte opera una vera e propria "elencazione" di tali elementi, tra i quali il primo menzionato è rappresentato dalla "evidenza della violazione di legge"

[71] Orientamento più volte espresso dalla Suprema Corte: oltre alle pronunce citate in sentenza, Cass. pen., Sez. fer., 25.8.2011, n. 38133; Cass. pen., Sez. VI, 18.11.1999, n. 910.

[72] Sull'argomento era già intervenuta Cass. pen., Sez. II, 5.5.2015, n. 23019.

[73] In tal senso Cass. pen., Sez. VI, 2.10.2014, n. 14038/15.

[74] Sull'argomento era già intervenuta Cass. pen., Sez. VI, 9.11.2006, n. 41365.

Vae victis! La diserzione nei giuristi romani e nel codice penale militare: un istituto immutato*

*Vae victis! The Desertion in Roman jurists and in the military criminal code: an unchanged institution**

di Andrea Lattocco[1]

Abstract: L'articolo evidenzia I rapporti e le relazioni intercorrenti tra il reato di diserzione nel mondo romano, in cui non esisteva ancora una codificazione sistematica dei reati militari almeno fino al III sec. d. C. e l'attuale codice penale militare, mostrando le differenze e le affinità nel trattamento della fattispecie criminale. Si giunge pertanto a rilevare alcuni punti in comune dell'istituto della diserzione che si concretizzano nella severità e nel rigore della sua persecuzione, con l'irrogazione di pene che aumentano in base alla consumazione del reato in tempo di pace o di guerra. Rilevati gli elementi peculiari del crimen, si constata che la norma giuridica, nelle sue accezioni, trova oggi una complessa casistica di attuazione e di sanzioni, che ricalcano le stesse disposizioni presenti già nel Digesto.

The essay underlines the relations between the desertion in the Roman age in which there still wasn't a sistematic codification of military crimes untill III century d. C. and the current military law, showing the differences and the similarity dealing with these crimes. This reveals some common points on the desertion crime that is caractherized by the strictness of ita persecution with penalties that increase depending on the crime committed itself in peace or war period. Dected the main features of the crimen it is clear that the law in its exeptions finds nowdays a complexity actualizable cases and penalties that follow what was already foressen in the Digesto.

[1] Avvocato, dottore di ricerca in diritto penale e processuale penale.

Sommario: 1. L'esercito romano dopo la riforma di Gaio Mario. 2. Il reato di diserzione.

1. L'esercito romano dopo la riforma di Gaio Mario

Nonostante alcuni, seppur sporadici, contributi afferenti lo studio comparato tra il diritto penale romano e quello penale militare, iniziato pionieristicamente con l'Arangio-Ruiz[2], proseguito con il Giuffré[3] e dai recenti contributi ed approfondimenti del Solima[4] e del Minale[5], si mostra tutt'ora tardivo e lento il riconoscimento da parte dei romanisti della chiara e lampante affinità tra l'attuale normazione penale militare e la *castrensis iurisdictio*, elaborata a partire dal III sec. d. C., in piena età severiana[6], rendendo perciò inevitabile un regesto delle fonti letterarie e giuridiche. Tuttavia l'esigenza, *stricto sensu*, di una codicistica quanto più facilmente intellegibile e consultabile, opera di esperti giuristi, inizia a divenire incipiente fin dalla riforma mariana dell'esercito, i cui componenti assurgono al grado massimo di professionisti della difesa della repubblica prima e dell'impero poi, garantendo la salvaguardia dell'*ordo provinciarum*, almeno fino al tracollo della *pars Occidentis*, riscontrabile già a seguito della sconfitta di Adrianopoli del 378 d. C.. L'*homo novus* Gaio Mario, console sette volte[7], e successore di Caio Gracco alla carica di tribuno della plebe, per fronteggiare l'imminente pericolo delle invasioni dei Cimbri e dei Teutoni, assicurò a

---

* **Al romanista Luigi Sandirocco.**

2 Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione in diritto romano*, *in Riv. dir. proc. pen*, X, 1919, 138-147 ora in *Rariora*, Roma 1946 e rist. anast. Camerino 1970, 273-290; Id. *L'origine del 'testamentum militis' e la sua posizione nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XVIII, 1906, 157-196, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 19-43. Il settimo libro del codice Teodosiano costituirà un vero serbatoio di *leges* relative agli affari militari: All'*incipit* generico di *C. Th.* 7. 1., una sorta di prospetto dei contenuti dell'intero libro, seguono norme più puntuali sull'ammissione alla milizia e sui meccanismi di promozione; ci si imbatte poi in una lunga digressione sull'erogazione dell'annona militaris e argomenti affini; si affrontano quindi il problema degli alloggi, il tema delle licenze e quello del reclutamento. Cfr. M. KASER, *Storia del diritto romano*, Milano 1993, 256.

3 Cfr. V. GIUFFRE', *Letture e ricerche sulla 'res militaris'*, II, Napoli 1996, 269-273, prima *La letteratura 'de re militari'. Appunti per una storia degli ordinamenti militari*, Napoli 1974; cfr. G. SCIASCIA, *Frammenti di diritto penale militare romano*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, III, Milano 1970, 1939.

4 Cfr. M. SOLINA, *Per la rivalutazione delle opere di Menandro e di Macro nell'approfondimento del sistema penale militare*, in *Rassegna della giustizia militare*, IV-V, 1978, 157-171.

5 Cfr. V. M. MINALE, *Per uno studio sui frammenti De re militari di Macro*, in *Teoria e storia del diritto privato*, VI, 2013, 1-32.

6 Cfr. F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I. *Politica e governo. Riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli 2006, 90.121.

7 Cfr. G. GERACI-A. MARCONE, *Storia romana*, Milano 2016[4], 121.

Roma un esercito rinnovato nella struttura e negli impieghi, tanto da mantenerne inalterata la conformazione per oltre settanta anni, fino ad Augusto[8].

La durezza dell'estenuante esercizio fisico e militare a cui erano sottoposti i *milites*, *muli mariani*, in seguito alla riforma di Gaio Mario, fu dapprincipio evidenziata dal *praefectus urbanus* Frontino:

Strat. 4, 1, 7: C. *Marius recidendorum impedimentorum gratia, quibus maxime exercitus agmen oneratur, vasa et cibaria militis in fasciculos aptata furcis imposuit, nude et proverbium tractum est 'muli mariani*[9]*'.*

Al termine della seconda guerra punica, si registrò una nuova riduzione del censo minimo richiesto per passare dalla condizione di *proletarii* o *capite censi* ad *adsidui* e quindi poter prestare il servizio militare nelle cinque classi stabilite[10] già da Servio Tullio nel VI sec. a. C.. Infatti nell'arco di tre secoli si era passati da un censo minimo di 11.000 assi ai 4.000 degli anni 214-212 a. C., fino ai 1.500 riportati da Cicerone e riferibili al 133-123 a. C., così come Livio per primo testimonia:

Liv. 1, 43, 7: *His accensi cornicines tubicinesque, in duas centurias distributi. undecim milibus haec classis censebatur. hoc minor census reliquam multitudinem habuit; inde una centuria facta est immunis militia*[11].

L'innovativa proletarizzazione dell'esercito romano determinò l'abbattimento dei primi obsoleti ed arcaici requisiti per l'accesso al *delectus*, eliminando quindi la distinzione tra *hastati*, *principes* e *triarii*, a cui subentrava la classica fanteria legionaria, forza omogenea di fanteria pesante. I *milites*, reclutati anche al di fuori dell'Italia e della Gallia Cisalpina[12], formavano gruppi di 8-10 soldati, chiamati *contubernium*, con a capo un *decanus*. Si proseguì con la rimozione della cavalleria legionaria e della fanteria leggera dei *velites*, sostituiti da speciali corpi di truppe ausiliarie. Al manipolo formato da due sole centurie, si preferirono 10 coorti, a loro volta costituite da 3 manipoli o da 6 centurie, composte da un centurione, un *optio*, un *signifer* ed un *cornicen* e 60 legionari, cosicché ogni coorte constasse di 384 unità. Naturalmente dal 107 a. C. la *Res publica* si assunse l'onere di equipaggiare e di rifornire le truppe legionarie, garantendo ai *milites* altresì la paga e la spartizione del bottino. In un apparato bellico così stratificato e bisognoso di regole e di leggi per garantire una *missio* proficua ed utile alla stessa *Urbs*, non erano infrequenti casi di diserzioni, rivolte e sedizioni, ovvero di reati militari che, in quanto tali, dovevano essere perseguiti con estrema durezza ed indefettibile rigore. Al fine di delegittimare velleità sediziose di abbandono del posto, unitamente alla volontà da parte dei generali di creare un saldo legame tra i coscritti e l'*exercitus*, i *milites* erano obbligati a giurare nelle mani del console di riunirsi nel luogo indicato dal

---

[8] Cfr. H. MALCOVATI, *Imperatoris Caesaris Augusti Operum Fragmenta*, Torino 1965, 150 e L. DE BIASI-A. M. FERRERO, *Cesare Augusto imperatore. Gli atti incompiuti e i frammenti delel opere*, Torino 2003, 62-64; F. GUIZZI, *Augusto: la politica della memoria*, Roma 1999, 13-21 e L. BRACCESI, *Augusto. La vita raccontata da lui stesso*, Napoli 2013.

[9] 'Mario per eliminare gli impedimenti, da cui lo schieramento dell'esercito era assai appesantito, mise in dei gioghi adattati in gruppi le salmerie dei soldati, da cui derivò il proverbio 'i muli di Mario".

[10] Cfr. E. GABBA, *Esercito e società nella tarda Repubblica romana*, Firenze 1973, 9-21.

[11] ' A loro furono aggregati i suonatori di corno e di tromba, distribuiti in due centurie. Il censo per questa classe era di undicimila. Il censo inferiore a questo comprese tutta la restante popolazione; ne fu formata un'unica centuria, esente da servizio militare'.

[12] Cfr. E. GABBA, *Considerazioni sugli ordinamenti militari del tardo impero*, Bologna 1974, 55-68.

comandante, sempre al di fuori del pomerio, e di non abbandonarlo senza permesso, *iussu consulum conventuros, neque iniussu abituros*[13]. Con la formula del *iusiurandum*, i soldati sancivano la propria appartenenza civile e sociale alle istituzioni per la cui salvezza avrebbero dovuto anche accettare il sacrificio estremo della vita. Caratteristica precipua del giuramento, in via generale, risiede nella sua struttura triadica[14] che coinvolge tre soggetti: il giurante, che invoca le potenze sovrumane, rivolgendosi alla parte ricevente; la divinità che funge da testimone all'atto ed il soggetto, individuo o comunità, come l'esercito, che accoglie il giuramento[15]; così Cicerone:

Cic. *De off.* 3, 104: *Est enim ius iurandum adfirmatio religiosa, quod autem adfirmate quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat, quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt*[16].

Si macchia di un grave *scelus* chi non rispetta il *ius iurandum*, prima davanti alla divinità e poi al comandante. A tal proposito appare efficace la testimonianza liviana sul giuramento di Marco Flavoleio, centurione che promette di tornare vivo dalla battaglia, per stornare l'ira di Giove, di Marte e degli altri dei:

Liv. 2, 45, 13: *Centurio erat M. Flavoleius inter primores pugnae flagitator 'Victor' inquit 'M. Fabi, revertar ex acie!'. Si fallat, Iovem patrem Gradivumque Martem aliosque iratos invocat deos. idem deinceps omnis exercitus in se quisque iurat*[17].

Il Carcani[18] annovera tra i *crimina* più odiosi la *desertio*, anche come voluta rottura del giuramento all'obbedienza, esigente perciò *maxima supplicia*, di cui le copiose testimonianze spingono a delinearne le caratteristiche comuni. Essa si consumava nell'atto di fuga, di abbandono del luogo di combattimento, delle insegne militari, delle mansioni specifiche assegnate ad un *miles*, ma anche cedendo di fronte al nemico o passando dalla sua parte. Tuttavia lo stesso reato si compiva anche quando al *delectus* il soldato non rispondeva, rifiutando la coscrizione. Gellio tramanda una serie di cause che giustificavano l'assenza del *miles*:

---

[13] Cfr. Liv. 3, 20.

[14] Cfr. V. VITALE, *Natura e legittimità del giuramento nel procedimento penale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 20, 1981, 2137. Sulla struttura plurilaterale del giuramento cfr. P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna 1992, 22, che definisce il giuramento come una 'invocazione della divinità come testimone e garanzia della verità/veracità di un'affermazione, dichiarazione o dell'impegno/promessa di compiere una certa azione o di mantenere un certo comportamento in futuro , invocazione con la quale il singolo accende un rapporto con il gruppo a cui appartiene, ponendo in gioco la propria vita corporale e spirituale in base a comuni credenze che attingono alla sfera della meta politica'. F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano 2000, 1: 'un'assunzione di responsabilità compiuta dall'individuo non di fronte al suo interlocutore, diretto interessato di quanto egli asserisce e promette, bensì di fronte ad un terzo, estraneo a tale rapporto, ossia davanti alla divinità'.

[15] Cfr. L. ALMIRANTE, *s. v. 'Giuramento (diritto romano)*, in *NNDI*, VII, Torino 1961, 937: 'Di solito la divinità invocata era *Iuppiter*, chiamato anche *Dius Fidius*; ma si usava giurare anche genericamente per *omnes deos* e, nell'impero, per il *genius* del principe'.

[16] 'Il giuramento è un vincolo di natura religiosa e bisogna mantenere ciò che hai promesso come se la divinità fosse tesimone. Viola la fede chi non rispetta il giuramento, che, come nel discorso di Catone, i nostri antenati hanno voluto fosse vicina nel Campidoglio di Giove Ottimo Massimo'.

[17] Tra i più fervidi sostenitori della battaglia era il centurione Marco Flavoleio. 'Vincitore' gridò 'o Marco Fabio, tornerò dal combattimento'. E invocò per sé, se avesse a mancare, l'ira di Giove padre e di Marte Gradivo e di tutti gli altri Dei. La stessa cosa invocò per sé, poi, tutto l'esercito'.

[18] Cfr. M. CARCANI, *Dei reati, delle pene e dei giudizi militari presso i romani*, Napoli 1981^2, 71-88.

Gell. 16, 4, 4: *Quo ritu quibusque verbis fetialis populi Romani bellum indicere solitus sit his quibus populus bellum fieri iusserat; et item in quae verba conceptum fuerit iusiurandum de furtis militaribus sanciendis; et uti milites scripti intra praedictum diem in loco certo frequentarent, causis quibusdam exceptis, propter quas id iusiurandum remitti aecum esset*[19].

Tra le cause ineccepibili per procrastinare la coscrizione si citano: i *funera parentum*, le malattie invalidanti, il *ius auspicii capiundi* che non era lecito preterire senza espiazione, il sacrificio che non poteva celebrarsi senza la propria presenza, la violenza e l'obbligo di comparire in giudizio con uno straniero. Coloro che non rispondevano alla chiamata della leva, venivano anticamente puniti con la morte civile, *capitis deminutio*, ridotti in perpetua servitù e privati di tutti i beni, come recita una novella del *Digesto*, recante l'escerto di Menenio, autore di un *De re militari*:

D. 49. 16. 4. 10: *Gravius autem delictum est detrectare munus militiae quam adpetere: nam et qui ad dilectum olim non respondebant, ut proditores libertatis in servitutem redigebantur. sed mutato statu militiae recessum a capitis poena est, quia plerumque voluntario milite numeri supplentur*[20].

2. Il reato di diserzione

L'art. 151 c.p.m.p., compreso nella Sezione III 'Della mancanza alla chiamata', punisce con la reclusione militare da sei mesi a due anni sia il militare che, chiamato alle armi per adempiere il servizio di ferma, non si presenta, sia il militare in congedo che, richiamato, non perviene senza giusto motivo. Gli elementi che differenziano le tre fattispecie riguardano il soggetto attivo, il computo dei giorni allo scadere dei quali si realizza il reato e la pena edittale comminata[21]. Il comportamento sanzionato dall'art. 151, pur analogo alla diserzione ed all'allontanamento illecito, presenta, rispetto a questi ultimi, una minore gravità, poiché, posti in essere dal militare che non ha ancora iniziato il servizio[22], sottraggono al consorzio militare una forza non attuale, ma potenziale[23]. Durante la guerra di Pirro (280-275 a. C.), sotto il consolato di M. Curio Dentato e L. Cornelio Lentulo, non avendo alcuno fornito risposta alla chiamata che si teneva nel Campidoglio, i consoli fecero estrarre a sorte uno degli iscritti ed il prescelto fu subito venduto con i suoi beni, come testimonia l'epitome liviana:

---

[19] 'Con che rito e con quali parole il feziale del popolo romano sia solito dichiarare guerra a quelli a cui il popolo aveva ordinato di fare guerra ed anche in quali termini sia stato proferito il giuramento sui furti militari da punire e come i soldati arruolati si presentassero entro il giorno stabilito nel luogo fissato eccetto alcuni motivi, a causa dei quali fosse giusto essere rifiutato questo giuramento'.

[20] 'Ma è delitto ben più grave rifiutare il servizio militare più che cercarlo: infatti sia coloro che non rispondevano alla leva, erano ridotti in servitù come traditori della libertà, ma, mutata la condizione dell'esercito, la pena scompare, poiché per la maggior parte i numeri sono colmati dai volontari'.

[21] Cfr. R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano 1995[4], 132-133.

[22] Il reato di renitenza alla leba è previsto dall'art. 138 D. P. R. 14 febbraio 1964 n. 327.

[23] Cfr. S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, Padova 1998; V. Patalano, Il delitto di mancanza alla chiamata alle armi, Napoli 1976, 56-61; V. VEUTRO, *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Milano 1976, 29-32 e M. GARRIDO, *El delicto de derción militar*, Barcelona 1983.

Epitom. Liv. XIV: *Curius Dentatus cos. cum dilectum haberet, eius, qui citatus non responderat, bona primus vendidit*[24].

La diserzione però poteva essere provocata e favorita dall'atteggiamento vessatorio dei *tribuni militum*, particolarmente severi e duri nell'infliggere punizioni soprattutto corporali; a tal riguardo è prezioso quanto Tacito riporta negli *Annales* a proposito del centurione Lucilio, tanto violento da meritare l'epiclesi di *cedo alteram*:

Tac. *Ann.* 1, 23: *Lucilius interficitur cui militaribus facetiis vocabulum 'cedo alteram' indiderant, quia fracta vite in tergo militis alteram clara voce ac rursus aliam poscebat*[25].

Un'altra icastica descrizione delle conseguenze che da una rivolta scaturirono in una legione d'istanza in Pannonia, per le angherie di alcuni centurioni come Settimio e Cassio Cherea, è possibile leggere in Tacito che narra la sommossa infiammatasi dei *milites*, *lymphati*, invasati ed esasperati dall'estremo rigore aggiunto ad una difficile e perigliosa campagna militare:

Tac. *Ann.* 1, 32: *repente lymphati destrictis gladiis in centuriones invadunt: ea vetustissima militaribus odiis materies et saeviendi principium. Septimius cum perfugisset ad tribunal pedibusque Caecinae advolveretur, eo usque flagitatus est donec ad exitium dederetur. Cassius Chaerea, mox caede Gai Caesaris memoriam apud posteros adeptus, tum adulescens et animi ferox, inter obstantis et armatos ferro viam patefecit*[26].

Il biografo e poligrafo Svetonio, descrivendo la riforma augustea dell'esercito romano, in particolare di quella mariana, racconta le condanne a morte comminate ai soldati semplici ed ai centurioni, a volte sostituite con l'infamia di restare per tutto il giorno davanti alla tenda del proprio generale, vestiti con una tunica, senza cintura, reggendo in mano una pertica lunga dieci piedi:

Suet. *Aug.* 24: *centuriones statione deserta, itidem ut manipulares, capitali animaduersione puniit, pro cetero delictorum genere uariis ignominis adfecit, ut stare per totum diem iuberet ante praetorium, interdum tunicatos discinctosque, nonnumquam cum decempedis, uel etiam caespitem portantes*[27].

Domizio Corbulone, nella guerra contro Tiridate re d'Armenia (58-69 d. C.), condannava a morte chiunque avesse disertato, anche per la prima volta; i soldati infatti, oziosi ed intolleranti delle fatiche campali, come i veterani, che mai avevano espletato il servizio di guardia né di scolta, privi di elmi e corazza, non potevano implorare nessun perdono per l'ignominia di una simile condotta:

---

[24] 'Il console Curio Dentato, predisponendo la leva, per primo mise in vendita i beni di chi, pur precettato, non aveva risposto'.

[25] 'Viene ucciso Lucilio al quale con motti da camerata i soldati avevano dato il soprannome di 'Qui l'altra', poiché, rotto il bastone sulla schiena del soldato, a gran voce ne chiedeva subito un'altra'.

[26] 'All'improvviso quegli invasati, afferrate la spade, si lanciarono contro i centurioni, eterno oggetto di odio da parte dei soldati e materia prima della loro crudeltà. Il centurione Settimio, rifugiatosi accanto alla tribuna e gettatosi quasi rotolando ai piedi di Cecina, fu reclamato con tanta insistenza, finché fu riconsegnato ai ribelli per essere trucidato. Cassio Cherea, che ebbe in seguito fama presso i posteri per l'uccisione di Caligola, allora giovane di animo coraggioso, si aprì la via con la spada in mezzo agli armati che gli contrastavano il passaggio'.

[27] 'Quando i centurioni abbandonavano il loro posto, li mandava a morte come semplici soldati e per tutte le altre colpe, faceva infliggere pene infamanti, come lo stare, per suo ordine, tutto il giorno davanti alla tenda del generale, per lo più vestito di una semplice tunica, senza cinturone, tenendo in mano ora una pertica lunga dieci piedi, ora una zolla erbosa'.

Tac. *Ann.* 13, 35: *dehinc quia duritia caeli militiaeque multi abnuebant deserebantque, remedium severitate quaesitum est. nec enim, ut in aliis exercitibus, primum alterumque delictum venia prosequebatur, sed qui signa reliquerat, statim capite poenas luebat*[28].

Ancora l'*Epitome* a Livio tramanda di un certo Caio Matieno che, accusato davanti ai tribuni della plebe di aver abbandonato senza permesso l'esercito d'istanza in Spagna, fu condannato alla *fustigatio vergis* e venduto per un sesterzio:

Epitom. Liv. 55: *Nam C. Matienius accusatus est apud tribunos plebis, quod exercitum ex Hispania deseruisset, damnatusque sub furca diu virgis caesus est et sestertio nummo veniit*[29].

L'essere venduti come schiavi è riservato anche ad alcuni *milites* che durante la guerra ligure nel 238 a. C., allorché richiamati alle armi, non raggiunsero le insegne, contrariamente agli ordini del console Postumio:

Liv. 41, 41: *milites iussi ad signa redire, ignominiae causa uti semestre stipendium in eum annum esset ei legioni, decretum: qui miles ad exercitum non redisset, eum ipsum bonaque eius vendere consul iussus*[30].

Le propaggini e le conseguenze di questo reato si ravvisano anche nei rapporti personali e familiari, in modo particolare tra padre e figlio, dovute al fatto che i romani anteponevano l'osservanza della disciplina militare all'amore filiale. Un escerto del *Digesto* dispone che:

D. 49. 15. 19. 7: *Filius quoque familias transfuga non potest postliminio reverti neque vivo patre, quia pater sic illum amisit, quemadmodum patria, et quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus romanis quam caritas liberorum*[31].

La norma, lapidaria e limpida nella sua stringatezza, impone dunque che all'amore dei *parentes* verso i figli, bisogna preferire l'obbedienza ai precetti militari, poiché *antiquior quam caritas liberorum*. Il *quid pluris* contenuto nel *crimen* di diserzione, che ne giustificherebbe l'asprezza della sua persecuzione, poggia, senza dubbio, nella particolare e disdicevole offesa recata alla divinità, tutelare e garante del buon esito della guerra e della stessa concordia nell'esercito, grazie al quale Roma si è espansa fin dalla fine della terza guerra punica. La divinità protettrice era evocata già dalla formula del *iusiurandum*, di cui il console diveniva tramite ed estensore. Perciò il sanzionamento di tale condotta criminosa doveva essere evidenziata dal ricorso a pene esemplari ed inespiabili, se non con il sacrificio del *sacer*, con cui si tentava di ristabilire quei *mores* fondanti e costitutivi della *societas civium*, i quali, a cagione del danno sociale, erano di volta in volta infranti.

---

[28] 'Quindi poiché molti, ribellandosi all'asprezza del clima ed alla durezza del servizio, disertavano, ricorse al rimedio della severità. Al fallo commesso per la prima e per la seconda volta non seguiva mai il perdono, come in altri eserciti, poiché colui che disertava era immediatamente punito di morte'.

[29] 'Infatti Gaio Matieno fu accusato presso i tribuni per aver disertato l'esercito dalla Spagna e, condannato, a lungo fu frustato con i bastoni sotto la forza e fu venduto ad un sesterzio'

[30] 'I soldati ricevettero l'ordine di tornare agli accampamenti, e fu stabilito che quella legione ottenesse solo la paga di sei mesi e che i soldati che non avessero fatto ritorno all'esercito, per ordine del console vedessero venduti se stessi e i loro beni'.

[31] 'Anche il figlio disertore della famiglia non poteva più tornare indietro neppure finché il padre era in vita: poiché il padre così lo perse, come la patria, e poiché la disciplina militare era più antica per i genitori romani dell'amore dei figli'.

La componente laica, che in seguito diverrà sempre più preponderante ed importante rispetto a quella religiosa, assumeva un ruolo secondario ed indiretto, per nulla sufficiente a ripristinare l'equilibrio fra la comunità ed il mondo divino. A tale assunto si lega saldamente la repressione del *crimen receptorum*, con particolare attenzione per coloro che abbiano dato ricetto nelle loro terre a disertori e banditi, con l'alienazione dei fondi e la loro deportazione[32]. L'importanza dell'accurata meticolosità, impiegata nell'estirpare e prevenire questo *crimen*, si instuisce anche da quanto sostiene Vegezio nel *De re militari*. L'autore, militarista 'da tavolino', secondo il Giuffré[33], che dedica l'opuscolo forse a Teodosio o ad uno dei Valentiniani che si succedettero tra il 346 ed il 455 d. C., era persuaso che la causa principale del declino dell'impero romano albergasse nello sfaldamento e nella decadenza morale dell'esercito, per cui era inevitabile tornare all'antica disciplina e capire come i *maiores* reclutavano i soldati, accettando la coscrizione dei *tirones* romani, invece che dei barbari:

Veg. 1, 1: *In omni autem proelio non tam multitudo et virtus indocta quam ars et exercitium solent praestare victoriam. Etenim in certamine bellorum exercitata paucitas ad victoriam promptior est, rudis et indocta multitudo exposita semper ad caedem*[34].

Vegezio, non ignaro del *ius militare*, non concede soverchia fiducia all'efficacia delle prescrizioni giuridiche, quanto piuttosto si affida alla prevenzione dei *crimina*, da realizzarsi, però, grazie ad una estenuante attività fisica a cui i soldati dovrebbero essere incessantemente sottoposti:

Veg. 3, 4: *Dum adhuc separati sunt et in sedibus suis, tribunorum vel vicariorum nec non etiam principiorum ad omnem disciplinam artissima severitate teneantur nihilque aliud nisi devotionem moderationemque custodiant*[35].

I giuristi romani, Terrunteio Paterno, Arrio Menandro, Giulio Paolo, Erennio Modestino ed Emilio Macro[36], autori di trattati *De re militari*, archetipi prodromici ai moderni codici penali militari e latori delle prime norme penali militari romane, raccolte nella sezione 49 del *Digesto*, offrono fondamentali ed irrinunciabili testimonianze del trattamento che la *lex militaris* riservava ad una vasta serie di reati tra cui appunto la diserzione. Il *Digesto*, tuttavia, pur contenendo le norme regolatrici circa i crimina militari, non limitava minimamente la discrezionalità di centurioni ed ufficiali, ma piuttosto era considerato un agile prontuario, una linea guida, non tassativa né vincolante in tema di sanzioni penali militari[37]:

---

[32] Cfr. M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989, 589.

[33] Cfr. V. GIUFFRE', *op. cit.*, 71.

[34] In ogni battaglia non tanto la moltitudine e la virtù non domate ma l'arte e l'esercizio sono soliti garantire la vittoria. Anche negli scontri delle guerre la pochezza ben addestrata è più vicina alla vittoria, invece una moltitudine rozza ed indisciplinata è sempre esposta alla strage'

[35] 'Finché vivono ancora separati e nei loro reparti, siano fatti attenere ad ogni disciplina con la massima severità dei comandanti, dei vicari, ma anche degli imperatori e non si prendano cura di altro, se non del rispetto e della moderazione'.

[36] Cfr. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Milano 2009^2, 221-226.

[37] Cfr. V. M. MINALE, *art. cit.*, 26.

D. 49. 16. 3. 1: *Poenae militum huiuscemodi sunt: castigatio, pecuniaria multa, munerum indictio, militiae mutatio, gradus deiectio, ignominiosa missio. nam in metallum aut in opus metalli non dabuntur nec torquentur*[38].

La difficoltà oggettiva ed ostativa nel creare un sistema omogeneo e positivo di diritto militare sanzionatorio è arguibile da quanto il Giuffré sostiene[39]: 'La giustizia per le soldatesche era esercitata infatti all'interno delle formazioni militari, dai sovraordinati, i quali, nel caso di dubbi (quando ne avessero avuti), non si rivolgevano certo al privato giurista ma al graduato superiore o direttamente alla corte imperiale'. Al contrario del diritto privato, quindi, i romani per i provvedimenti sanzionatori militari, preferivano che la soluzione fosse trovata all'interno dello stesso esercito, con la massima discrezionalità per i vertici al comando. Il *Digesto* e prima ancora le fonti, da cui il *Digesto* deriva, consentono di concludere che, nonostante i romani misconoscessero la suddivisione delle pene nelle categorie appena dedotte, già distinguevano i reati propriamente militari da quelli comuni[40]. In merito alla diserzione:

D. 49. 16. 5. 2: *Qui desertioni aliud crimen adiungit, gravius puniendus est: et si furtum factum sit, veluti alia desertio habebitur: ut si plagium factum vel adgressura abigeatus vel quid simile accesserit*[41].

L'escerto in epigrafe, frammento del *De re militari* IV, II 2 di Menenio, contempla l'aggravante di un altro reato comune, il furto, aggiunto alla sola diserzione, che ne aumenta notevolmente la pena edittale; nel diritto penale moderno si parla, a tal proposito, di concorso di reati[42]. Tuttavia si ravvisa *ictu oculi* come questa novella, unitamente ad altre di seguito esaminate, non indica il *quomodo* tali fattispecie dovessero essere aumentate né il *quantum in peius*, passando, *exempli gratia*, dalla *fustigatio* alla *decollatio*. Tra le altre disposizioni che lumeggiano sulla diserzione si annoverano:

D. 49. 16. 5. 1: *Qui in pace deseruit, eques gradu pellendus est, pedes militiam mutat. in bello idem admissum capite puniendum est*[43].

D. 49. 16. 3. 11: *Et is, qui volens transfugere adprehensus est, capite punitur*[44].

D. 49. 16. 3. 4: *Is, qui exploratione emanet hostibus insistentibus aut qui a fossato recedit, capite puniendus est*[45].

---

38 'Le punizioni militari siano così:castigo, multe pecu niarie, interidzione, spostamento di esercito, rimozione dal grado, congedo con disonore. Infatti non saranno relegati alle miniere né torturati'.

39 Cfr. V. GIUFFRE', *op. cit.*, 64.

40 Cfr. G. F. FALCHI, *Diritto penale romano: i singoli reati,* Padova 1932, 248.

41 'Chi alla diserzione aggiunge un altro crimine, deve essere punito più gravemente: e se sia stato commesso un furto, questo sarà considerato come una seconda diserzione: come se sia stato fatto un plagio e commesso un abigeato o qualcosa di simile'.

42 Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale: Parte generale*, Bologna 2011, 417-421.

43 'Chi abbia disertato in tempo di pace, deve essere rimosso dal grado se cavaliere, se fante cambiato di reparto. La stessa cosa commessa in tempo di guerra deve essere punita con la morte'.

44 'E se viene sorpreso chi vuole disertare, è punito con la morte'.

45 ' Chi durante una ricognizione si allotan, mentre i nemici attaccano, o chi si allontana dal fossato, deve essere ucciso'.

Le tre disposizioni menzionano, *ex silentio* dapprima, il *discrimen* tra il reato compiuto in tempo di pace, che prevede le più tenui *militiae mutatio* e *gradus deiectio*, e lo stesso, perpetrato in *tempus belli*, da punire con la *decollatio*. Anche chi, *hostibus insistentibus*, si trattiene, senza un reale, concreto e plausibile motivo, fuori dal campo di battaglia, innalzando così il richio di morte per i commilitoni, è punito con l'esecuzione immediata. Particolare è la prescrizione:

D. 49. 16. 5. 3: *Desertor si in urbe inveniatur, capite puniri solet: alibi adprehensus ex prima desertione restitui potest, iterum deserendo capite puniendus est*[46].

Secondo quanto asserito, quindi, chi venga sorpreso a trovare rifugio a Roma, a seguito di una fuga, viene giustiziato, forse per la maggiore facilità di nascondersi in luoghi abitati, oltre che per la maggiore pericolosità per l'ordine pubblico; altrimenti, eccettuata l'aggravante della recidiva, può essere perdonato. Rufo[47], nelle sue *Leges militares*, afferma che, in ragione della gravità della condotta criminosa, il soldato sottrattosi dal campo, dovesse subire la *decollatio*. Si nota che la diserzione veniva perseguita con *maximum supplicium* solo in tempo di guerra, quando la *castrensis iurisdictio* diveniva irrinunciabile garante di ordine e latrice di spirito di corpo tra i milites, così da prevenire e scoraggiare gli emulatori di gesta sconsiderate. Anche il *miles* che forzi la consegna di difendere il luogo trincerato a lui assegnato si considera disertore e pertanto passibile di morte:

D. 49. 16. 3. 17: *Nec non et si vallum quis transcendat aut per murum castra ingrediatur, capite punitur*[48].

Le testimonianze appena riportate concordano in almeno due aspetti: 1) la distrinzione tra l'*an* ed il *quando* il reato si consuma, ovvero in guerra o in pace, con la relativa e proporzionale applicazione di pene, 2) il pericolo manifesto e fondato che la diserzione costituisce per la *salus Rei publicae sive Imperii* e per l'esercito, soprattutto in campagna militare, in quanto, mancante di elementi, perdeva la possibilità di riuscita nel portare a compimento qualsiasi operazione. Pertanto la componente laica, da Giustiniano in poi, ha prevalso sull'aspetto sacrale e religioso, rinvenibile in epoca arcaica e proto-repubblicana. Un ulteriore contributo alla nostra disamina apporta un altro giusmilitarista d'età severiana, Emilio Macro[49], padre di un *De re militari* in due libri, non ancora oggetto di uno studio specifico ed approfondito. L'opera consta di sei *excerpta*, di cui, secondo la classificazione del Lenel[50], si suddivide in sei parti: *De officium eorum, qui exercitui praesunt* D. 49. 16. 12, *De commercio agrorum* D. 49. 16. 13. Pr.-2, *De missionibus* D. 49. 16. 13. 3, *De delictis militum* D. 49. 16. 13. 4-6 e 48. 19. 14, *De peculio castrensi* D. 49. 17. 11 e *De testamento militis* D 29. 1. 26, 38. 12. 1. Il primo dispositivo prescrive tra i compiti del comandante di *milites in castris continere*, *ad exercitationem producere*, *claves portarum suscipere*, *vigilias interdum cirumire*, *delicta secundum suae auctoritatis modum castigare*. Macro esprime non solo la necessità di reprimere i delitti militari, ma disciplina e riordina anche un'intera congerie di norme provenienti tanto dalla

---

[46] 'Se il disertore è sorpreso in città, si è soliti punirlo con la morte: se preso altrove, dopo una prima diserzione, può essere restituito al corpo, se compie una seconda diserzione deve essere ucciso'.

[47] *Ex Rufo Leges militares* cap. 38.

[48] 'Anche se qualcuno attraversa il vallo o entra nell'accampamento attraverso il muro, è punito con la morte'.

[49] Cfr. D. LIEBS, *M. Aemilius Macer, in Handbuch det lateinischen Literatur der Antike, IV. Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117-254 n. Ch.* München 1997, 214-216.

[50] *Palingenesia Iurici Civilis, I,* Leipzig 1889, rist. anast. Graz, 1960, 573-574.

consuetudo arcaica e repubblicana, quanto da una certa elaborazione giurisprudenziale[51]; in tal senso il potere di chi *exercitui praest* non avrebbe mai dovuto tralignare nell'arbitrio, ma conservare un profilo autonomo nel diritto[52]. Macro, citando Arrio Menandro, offre un valido spunto di riflessione sulla diserzione:

D. 49. 16. 13. 5: *Eius fugam, qui, cum sub custodia vel in carcere esset discesserit, in numero desertorum non computandam Menander scripsit, quia custodiae refuga, non militiae desertor est. Eum tamen, qui carcere effracto fugerit, etiamsi ante non deseruerit, capite puniendum Paulus scripsit*[53].

La commissione di qualsivoglia reato faceva pendere in capo al *miles* l'onta dell'infamia, colpendolo in ciò che di più sacro possedeva all'interno di una comunità fondata sul valore del coraggio e sulla stima da parte dei superiori[54]. Attenendosi a Macro, Menandro aveva scritto che chi fosse fuggito, mentre si trovava nella condizione di sorvegliato o di recluso, non avrebbe dovuto essere considerato un disertore, poiché non si consumava l'abbandono del campo di battaglia né del servizio militare[55], Paolo invece sosteneva che chi fosse evaso, pur non essendo stato prima un disertore, sarebbe stato passibile della pena capitale[56]. Antonino Pio[57] aveva disposto che, il disertore, il quale fosse stato scoperto dal padre, vennise degradato e trasferito ad altro settore dell'esercito, così da non porre il genitore nella condizione di decretare la morte del figlio; inoltre, Settimio Severo e Antonino Pio avevano prescritto che chi avesse disertato per un periodo di cinque anni, consegnandosi alla fine, avrebbe dovuto essere deportato; Menandro aveva indicato di seguire questo esempio nei casi simili[58]. Con Emilio Macro trovava compimento, così, il pensiero che condusse alla giuridizzazione della disciplina militare, ovvero alla sua giurisprudentalizzazione, attraverso quell'elaborazione che fu coeva al potere della dinastia severiana[59]. L'ultimo del *De poenis libri IV*, compilato da Erennio Modestino, dopo la morte di Caracalla, è dedicato al diritto penale militare. L'opera modestiniana, rispetto alle precedenti, riduce all'essenziale, con un catalogo asciutto di infrazioni e sanzioni, gli stessi paradigmi enunciati dagli altri giusperiti, avvicinandosi per completezza ed esaustività ai nostri odierni codici penali, laddove si susseguono reati e pene da irrogare. Si procede innanzitutto alla definizione del disertore:

---

[51] Cfr. V. GIUFFRE', *Letture e ricerche sulla 'res militaris'*, I, Napoli 1996, 118 e *Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda 'respublica'*, Napoli 1973.

[52] Una delle tre *Leges Porciae*, proposta da P. Porcio Leca, tribuno della plebe nel 199 a. C., estendeva il diritto di *provocare ad populum* in senso spaziale, oltre mille passi da Roma, consentendo ai soldati, i quali solitamente si trovavano nelle province, di resistere alla punizione eventualmente ingiusta che fosse provenuta dal proprio comandante. Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, 71-80, Id., *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna 2013, 9-23 e F. BOTTA, *Profili essenziali di storia del diritto e del processo penale romano*, Cagliari 2016, 18-21.

[53] Menandro scrisse che non deve essere annoverata nel numero delle diserzioni la fuga di chi è sotto custodia o in carcere, poiché è un evaso e non un disertore. Tuttavia Paolo scrisse che chi evade, rotte le sbarre, anche se prima non aveva mai disertato, deve essere punito con la morte'.

[54] Cfr. J. H. JUNG, *Die Rechtsstellung der römischen Soldaten: Ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diokletian*, in *ANRW*, II, 14, Berlin- New-York 1982, 895-897.

[55] Cfr. V. GIUFFRE', *op. cit.* 46-47.

[56] Cfr. G. GUALANDI, *op. cit.* 307.

[57] Cfr. V. M. MINALE, *art. cit.* 26.

[58] Cfr. V. GIUFFRE', *op. cit.* 354.

[59] Cfr. V. M. MINALE, *art. cit.* 17-21.

D. 49. 16. 3pr: *Desertorum auditum ad suum ducem cum elogio praeses mittet, praeterquam si quid gravius ille desertor in ea provincia, in qua repertus est, admiserit: ibi enim eum plecti poena debere, ubi facinus admissum est, divi severus et antoninus rescripserunt.*

In seguito si vagliano i singoli casi di diserzioni:

D. 49. 16. 3. 3: *Desertor est, qui per prolixum tempus vagatus reducitur*[60].

D. 49. 16. 3. 4: *Is, qui exploratione emanet hostibus insistentibus aut qui a fossato recedit, capite puniendus est*[61].

D. 49. 16. 3. 6: *Si praesidis vel cuiusvis praepositi ab excubatione quis desistat, peccatum desertionis subibti*[62].

D. 49. 16. 3. 8: *Qui militiae tempus in desertione implevit, emerito privatur*[63].

Per Modestino diserta chi viene ricondotto all'accampamento, dopo essere stato assente *prolixum tempus*, di cui però il giurista difetta di precisare il q*uantum*; anche il *miles* che abbandona il posto di guardia deve essere considerato *desertor* e come tale punito; è interessante notare anche che, chi ha concluso il te*mpus militiae* con una assenza, ponendo così in essere il reato di diserzione, non può godere dell'*honesta missio*, ma merita una ignominiosa *missio* e pertanto *emerito provatur*.
L'attuale normativa che disciplina il reato di diserzione mostra alcuni punti di contatto con gli enunciati del *Digesto* appena escussi, di cui occorre cogliere e chiarire alcuni aspetti peculiari. Il CAPO III Sezione II del codice penale militare contempla il trattamento di tale reato, suddividendo la fattispecie in almeno tre articoli e fornendo una inoppugnabile definizione del disertore; l'art. 148 c.p.m.p statusice che commette il reato di diserzione, punito con la reclusione militare da 6 mesi a 2 anni:
1) il militare che, essendo in servizio alle armi, se ne allontana senza autorizzazione e rimane assente per cinque giorni consecutivi,
2) il militare che, essendo in servizio alle armi e trovandosi legittimamente assente, non si presenta, senza giusto motivo, nei cinque giorni successivi a quello prefissato.
L'articolo opera quindi un primo *discrimen* della fattispecie criminosa, propria ed impropria, tra chi volutamente, con dolo e con *animus desertandi*, si allontana da un reparto, da uno stabilimento o da una operazione militare, con un assenza perdurante e continuata e chi, pur assente con autorizzazione, scritta o verbale[64], manca di ripresentarsi. Nel computo del termine utile, affinché il reato si consumi nella sua interezza, non si calcola né il *dies a quo* né il *dies ad quem*; la nozione di giusto motivo deve essere assumere palesi caratteri di apprezzabilità ed umanità, sì da avere la concreta inesigibilità del comportamento astrattamente richiesto dall'ordinamento giuridico,

---

[60] 'Diserta chi è riportato indietro, dopo esser stato assenre per un lasso lungo di tempo'.

[61] 'Chi durante una ricognizione resta assente, mentre incalzano i nemici o chi si allontana dal fossato, deve essere punito di morte'.

[62] 'Chi desiste dalla veglia di un presidio o di qualsiasi compito, è trattato come un disertore'.

[63] 'Chi si è congedato da disertore, è giustamente privato del congedo'.

[64] Cfr. R. VENDITTI, *op. cit.*, 138: 'Tanto meno può considerarsi giusto motivo il timore di andare incontro, presentandosi alle armi, a condanne per reati di cui l'agen te sia stato precedentemente imputato; o la necessità di trattenersi in famiglia per motivi di lavoro; o la necessità di prendersi cura di un figlio avuto da una donna che l'aveva abbandonato'.

secondo il Venditti[65], anche se, quest'ultima, non può comunque estendersi fino alla vanificazione delle norme poste a salvaguardia degli interessi militari[66]. Il legislatore moderno pertanto ha colmato un *vacuum*, relativo al *quantum* dell'assenza per il militare che intenda disertare. È d'uopo però apportare altre considerazioni: a seguito dell'abolizione della lava obbligatoria, già preannunciata con la legge 14 novembre 2000, n. 331, recante 'norme per l'istituzione del servizio militare professionale' e definitivamente realizzata con la legge 23 agosto 2004, n. 226, la quale ha anticipato la *suspensio delectus* al 1° gennaio 2005[67], sarebbero auspicabili da parte del legislatore interventi miranti a modificare ed a ristrutturare la normativa penale militare in capo alla diserzione, sì da adeguarla alla nuova *facies* della leva, che implica una scelta spontanea e soggettiva, da parte del volontario, di contrarre un rapporto lavorativo. Il Rivello isola la diserzione, considerandola un reato permanente, ritenendosi che fino alla durata dell'assenza, perdurasse l'offesa al bene giuridico tutelato[68]. Lo stesso concetto di 'permanenza' del reato, ovvero del *quando* la diserzione trovasse una fine, si è riscontrato nelle novelle del *Digesto*, le quali, tra l'altro, prevedevano una duplice netta distinzione del reato tra chi era *ipso facto* un *desertor* e chi, invece, un *emansor,* costituente un illecito perdonabile:

D: 49. 16. 4. 14: *Levius itaque delictum emansionis habetur, ut erronis in servis, desertionis gravius, ut in fugitivis*[69].

Così anche Menenio in D. 49. 16. 4. 13: *Edicta germanici caesaris militem desertorem faciebant, qui diu afuisset, ut is inter emansores haberetur. sed sive redeat quis et offerat se, sive deprehensus offeratur, poenam desertionis evitat: nec interest, cui se offerat vel a quo deprehendatur*[70].
È pacifico ravvisare in questa disposizione una distinzione poi esplicitata dal nostro codice tra una diserzione propria ed una impropria. Le due fattispecie enucleate dall'art. 148 c.p.m.p. dunque hanno la comune caratteristica di essere 'a termine' e di distinguersi dalla cosiddetta diserzione immediata, come giustamente sostiene il Venditti[71], secondo il quale, a concretare il reato di diserzione non occorre quel carattere di definitività dell'assenza che nel linguaggio comune potrebbe invece destare, ma è sufficiente una permanenza illecita di cinque giorni. Sul carattere di definitività del reato, i giuristi romani sostengono che, anche se il *miles*, che si era allontanato, spinto dall'*animus domum redeundi sive bellum evitandi*, ritornava dopo l'assenza, doveva comunque essere punito, salvo alcune eccezioni. L'elemento oggettivo della seconda fattispecie, la diserzione impropria, si consustanzia di un'assenza inizialmente legittima, che poi non è più tale, quando, scaduto il termine di rientro, il militare non si ripresenta.

---

[65] Cfr. R. VENDITTI, *op. cit.*, 151-155.

[66] Cfr. M. NUNZIATA, *Corso di diritto militare*, Napoli 2004, 123-125; P. Rivello, *Profili di procedura penale militare*, Torino 1995, 198-201; Id., *Fonti e problemi per la storia della giustizia militare*, Torino 2004; *La giustizia militare nell'Italia repubblicana*, Torino 2005 e *Lezioni di diritto penale militare*, Torino 2012^2, 221-231.

[67] Cfr. D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano 2007, 9-10.

[68] Cfr. P. RIVELLO, *op. cit.* 226-227.

[69] 'Si considera perciò delitto più lieve dell'assenza, come l'assenza tra i servi, più grave della diserzione, come tra i fuggiaschi'.

[70] 'Le disposizioni del Cesare Germanico ritenevano disertore chi fosse stato a lungo assente, cosicché costui fosse considerato tra i semplici assenti, ma sia che qualcuno faccia ritorno e di consegni, sia che venga riconsegnato, una volta preso, evita la pena della diserzione: è non fa differenza, a chi si consegni o da chi sia ripreso'.

[71] Cfr. V. VENDITTI, *op. cit.* 152.

L'art. 149 c.p.m.p. disciplina la diserzione immediata, con un massimo edittale di 7 anni, secondo cui è tale chi:

- Il militare che, destinato ad un corpo di spedizione od operazione, senza autorizzazione, si trova assente al momento della partenza del corpo,
- il militare che evade, mentre sta scontando la pena detentiva militare,
- il militare che prende servizio nelle forze armate estere,
- il militare che abbandona il servizio alle armi, facendosi sostituire,
- il militare che evade mentre è in stato di detenzione preventiva in un carcere militare; o dovunque, per un reato soggetto alla giurisdizione militare.

La caratteristica che accomuna le cinque fattispecie si palesa come la non perentorietà del decorso dei cinque giorni, per cui basta il solo allontanamento previsto in siffatte circostanze, poiché si presuppone che il militare non voglia affatto riprendere il servizio.
Interessante da discutere è il trattamento giuridico previsto per la consumazione del medesimo reato in tempo di guerra, il cui inasprimento della pena è paragonabile alla severità evinta dalle testimonianze letterarie sopra analizzate; il codice penale militare di guerra prevede infatti tre tipologie di diserzione: al nemico ex art. 143 c.p.m.g. 'Il militare che passa al nemico o che a fine di passare al nemico, abbandona, in presenza di questo, la nave o l'aeromobile è punito con la morte con degradazione'; ex art. 144 'il militare che, appartenendo ad un reparto in presenza del nemico, o essendo comandato a eseguire opere militari in presenza del nemico, si allontana, senza autorizzazione, dal reparto o dal posto di lavoro, è considerato immediatamente disertore ed è punito con la morte mediante fucilazione nel petto'; ex art. 145 'il militare che, destinato ad un reparto in presenza del nemico, non lo raggiunge, senza giusto motivo, nei due giorni successivi a quello prefissato; il militare che, appartenendo ad un reparto in presenza del nemico, e, trovandosi legittimamente assente, non vi ritorna, senza giusto motivo, nei due giorni successivi a quello prefissato'. Così si legge in:

D. 49. 16. 4. 9: *Qui post desertionem in aliam militiam nomen dederunt legive passi sunt, imperator noster rescripsit et hos militariter puniendos*[72].

D. 49. 16. 3. 10: *Is, qui ad hostem confugit et rediit, torquebitur ad bestiasque vel in furcam damnabitur, quamvis milites nihil eorum patiantur*[73].

Dalla disamina effettuata si può concludere che, nonostante i differenti e plausibili trattamenti intercorrenti tra la giurisprudenza *de re militari* e quella odierna:

- il reato di diserzione è contemplato e disciplinato da un congruo numero di casi specifici che, in caso di *tempus belli*, le conferiscono quel *quid pluris* previsto proprio dalle circostanze in cui esso si consumi,
- la persecuzione della diserzione si ispira a criteri di manifesta e rilevante severità,
- il *discrimen* tra diserzione propria ed impropria riproduce quello già previsto tra *desertor* ed *emansor*,

---

[72] 'Chi dopo la diserzione si arruola in un altro corpo e l'hanno fatto secondo la legge, il nostro imperatore li arruola di nuovo e li punisce militarmente'.

[73] 'Chi torna e si rifugia dal nemico, sarà torturato e condannato alle belve o alla forza, sebbene i soldati non subiscano nulla di ciò'.

- le fattispecie in discorso si esauriscono nella violazione dell'obbligo posto dalla normazione amministrativa di non abbandonare il reparto senza preventiva autorizzazione o di ripresentarsi allo spirare del periodo autorizzato, aspetto che, invece, manca nelle novelle del *Digesto*, in quanto il bene giuridico da tutelare, nel caso del *de re militari*, poggia nel garantire il massimo e strenuo impegno all'interno dell'*exercitus* per giungere alla sconfitta del nemico, contro il quale è necessario lo sforzo di ogni singolo *miles*.